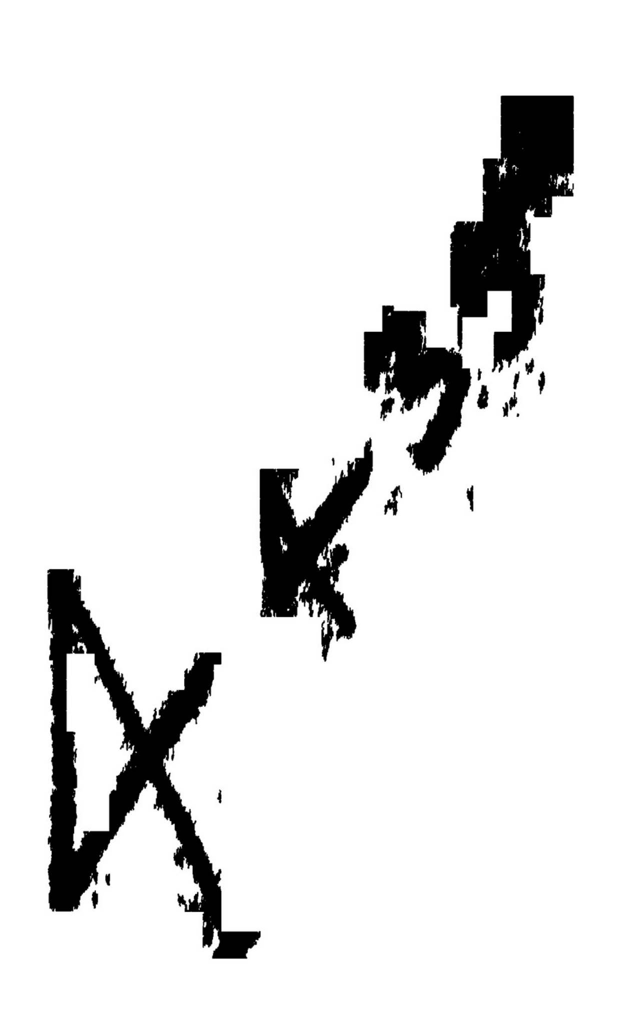


فهرست الجزء الثاني

من بداية المجتهد ونهاية المقتصد للامام ابن رشد

﴿ فهرست الجزء الثانى من كتاب بداية المجتهد ونهاية المقتصد للامام ابن رشد ﴾

صحيفة

صحيفة

﴿ تمت ﴾

الجزء الثانى

من كتاب بداية المجتهد ونهاية المقتصد للشيخ الامام الحافظ الناقد البحر الزاخر أبى الوليد محمد بن أحمد بن الامام الشهير حامل لواء المذهب وحذامه أبى الوليد محمد بن أحمد بن رشد القرطبي رحم الله الجميع بمنه وكرمه آمين

طبعت هذه النسخة مقابلة على عدة نسخ من أهمها النسخة التى طبعت بمدينة فاس العليا سنة ١٣٢٧ هجرية على نفقة مولانا السلطان (السيد عبد الحفيظ) سلطان المغرب الأقصى حفظه الله

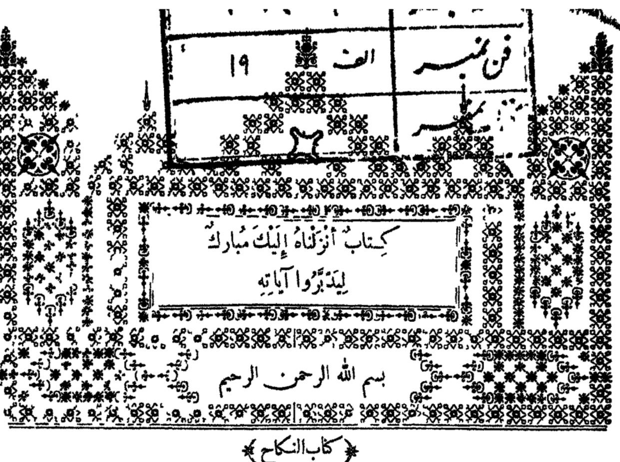
(طبع بمطبعة شركة)

دار الكتب العربية الكبرى

﴿على نفقة أصحابها﴾

﴿مصطفى البابى الحلبى وأخويه بكرى وعيسى﴾

(بمصر)



﴿ كتاب النكاح ﴾

وأصول هذا الكتاب تنحصر فى خمسة أبواب الباب الأول فى مقدمات النكاح الباب الثانى فى موجبات صحة النكاح الباب الثالث فى موجبات الخيار فى النكاح الباب الرابع فى حقوق الزوجية الباب الخامس فى الانكحة المنهى عنها والفاسدة

﴿ الباب الأول ﴾

وفى هذا الباب أربع مسائل فى حكم النكاح وفى حكم خطبة النكاح وفى الخطبة على الخطبة وفى النظر الى المخطوبة قبل التزويج فأما حكم النكاح فقال قوم هو مندوب اليه وهم الجهور وقال أهل الظاهر هو واجب وقالت المتأخرة من المالكية هو فى حق بعض الناس واجب وفى حق بعضهم مندوب اليه وفى حق بعضهم مباح وذلك عندهم بحسب ما يخاف على نفسه من العنت وسبب اختلافهم هل تحمل صيغة الأمر به فى قوله تعالى (فانكحوا ما طاب لكم من النساء) وفى قوله عليه الصلاة والسلام تناكحوا فانى مكاثر بكم الامم وما أشبه ذلك من الاخبار الواردة فى ذلك على الوجوب أم على الندب أم على الاباحة فأما من قال انه فى حق بعض الناس واجب وفى حق بعضهم مندوب اليه وفى حق بعضهم مباح فهو التفات الى المصلحة وهذا النوع من القياس هو الذى يسمى المرسل وهو الذى ليس له أصل معين يستند اليه وقد أنكره كثير من العلماء والظاهر من مذهب مالك القول به (وأما خطبة النكاح) المروية عن النبى صلى الله عليه وسلم فقال الجهور انها ليست واجبة وقال داود هى واجبة وسبب الخلاف هل يحمل فعله فى ذلك عليه الصلاة والسلام على الوجوب أو على الندب فأما الخطبة على الخطبة فان النهى فى ذلك ثابت عن النبى عليه الصلاة والسلام واختلفوا هل يدل ذلك على فساد المنهى عنه أو لا يدل وان كان يدل ففى أى حاله يدل فقال داود يفسخ وقال الشافعى وأبو حنيفة لا يفسخ وعن مالك القولان جميعا وثالث وهو أنه يفسخ قبل الدخول ولا يفسخ بعده وقال ابن القسم انما معنى النهى اذا خطب رجل

صالح على خطبة رجل صالح وأما ان كان الأول غير صالح والثانى صالح جاز وأما الوقت عند الأكثر فهو اذا ركن بعضهم الى بعض لا فى أول الخطبة بدليل حديث فاطمة بنت قيس حيث جاءت الى النبى صلى الله عليه وسلم فذكرت له ان أبا جهم بن حذيفة ومعاوية بن أبى سفيان خطباها فقال أما أبو جهم فرجل لا يرفع عصاه عن النساء وأما معاوية فصعلوك لا مال له ولكن انكحى أسامة وأما النظر الى المرأة عند الخطبة فأجاز ذلك مالك الى الوجه والكفين فقط وأجاز ذلك غيره الى جميع البدن عدا السوأتين ومنع ذلك قوم على الاطلاق وأجاز أبو حنيفة النظر الى القدمين مع الوجه والكفين والسبب فى اختلافهم انه ورد الأمر بالنظر اليهن مطلقا وورد بالمنع مطلقا وورد مقيدا أعنى بالوجه والكفين على ماقاله كثير من العلماء فى قوله تعالى (ولا يبدين زينتهن الا ماظهر منها) أنه الوجه والكفان وقياسا على جواز كشفهما فى الحج عند الأكثر ومن منع تمسك بالأصل وهو تحريم النظر الى النساء

﴿ الباب الثانى فى موجبات صحة النكاح ﴾

وهذا الباب ينقسم الى ثلاثة أركان الركن الأول فى معرفة كيفية هذا العقد الركن الثانى فى معرفه محل هذا العقد الثالث فى معرفة شروط هذا العقد ﴿الركن الأول﴾ فى الكيفية والنظر فى هذا الركن فى مواضع فى كيفية الاذن المنعقد به ومن المعتبر رضاه فى لزوم هذا العقد وهل يجوز عقده على الخيار أم لا يجوز وهل ان تراخى القبول من أحد المتعاقدين لزم ذلك العقد أم من شرط ذلك الفور

﴿الموضع الأول﴾ الاذن فى النكاح على ضربين فهو واقع فى حق الرجال والثيب من النساء بالألفاظ وهو فى حق الأبكار المستأذنات واقع بالسكوت أعنى الرضا وأما الرد فباللفظ ولا خلاف فى هذه الجملة الا ما حكى عن أصحاب الشافعى أن اذن البكر اذا كان المنكح غير أب ولا جد بالنطق وانما صار الجمهور الى أن اذنها بالصمت للثابت من قوله عليه الصلاة والسلام الايم أحق بنفسها من وليها والبكر تستأمر فى نفسها واذنها صماتها واتفقوا على أن انعقاد النكاح بلفظ النكاح ممن اذنه اللفظ وكذلك بلفظ التزويج واختلفوا فى انعقاده بلفظ الهبة أو بلفظ البيع أو بلفظ الصدقة فأجازه قوم وبه قال مالك وأبو حنيفة وقال الشافعى لا ينعقد الا بلفظ النكاح أو التزويج وسبب اختلافهم هل هو عقد يعتبر فيه مع النية اللفظ الخاص به أم ليس من صحته اعتبار اللفظ فمن ألحقه بالعقود التى يعتبر فيها الأمران قال لا نكاح منعقد الا بلفظ النكاح أو التزويج ومن قال ان اللفظ ليس من شرطه اعتبارا بما ليس من شرطه اللفظ أجاز النكاح بأى لفظ اتفق اذا فهم المعنى الشرعى من ذلك أعنى انه اذا كان بينه و بين المعنى الشرعى مشاركة

﴿الموضع الثانى﴾ وأما من المعتبر قبوله فى صحة هذا العقد فانه يوجد فى الشرع على ضربين أحدهما يعتبر فيه رضا المتناكحين أنفسهما أعنى الزوج والزوجة اما مع الولى واما دونه على مذهب من لا يشترط الولى فى رضا المرأة المالكة أمر نفسها والثانى يعتبر فيه رضا الأولياء فقط وفى كل واحد من هذين الضربين مسائل اتفقوا عليها ومسائل اختلفوا فيها ونحن نذكر منها قواعدها وأصولها فنقول أما الرجال البالغون الاحرار المالكون لأمر أنفسهم فانهم اتفقوا على اشتراط رضاهم وقبولهم فى صحة النكاح واختلفوا هل يجبر العبد على النكاح سيده والوصى محجوره البالغ أم ليس يجبره فقال مالك يجبر السيد عبده على النكاح وبه قال أبو حنيفة وقال الشافعى لا يجبره والسبب فى اختلافهم هل النكاح من حقوق

السيد أم ليس من حقوقه وكذلك اختلفوا فى جبر الوصى محجوره والخلاف فى ذلك موجود فى المذهب وسبب اختلافهم هل النكاح مصلحة من مصالح المنظور له أم ليس بمصلحة وانما طريقه الملاذ وعلى القول بان النكاح واجب ينبغى أن لا يتوقف فى ذلك وأما النساء اللاتى يعتبر رضاهن فى النكاح فاتفقوا على اعتبار رضا الثيب البالغ لقوله عليه الصلاة والسلام والثيب تعرب عن نفسها الا ما حكى عن الحسن البصرى واختلفوا فى البكر البالغ وفى الثيب الغير البالغ مالم يكن ظهر منها الفساد فأما البكر البالغ فقال مالك والشافعى وابن أبى ليلى للاب فقط ان يجبرها على النكاح وقال أبو حنيفة والثورى والاوزاعى وأبو ثور وجماعة لا بد من اعتبار رضاها ووافقهم مالك فى البكر المعنسة على أحد القولين عنه وسبب اختلافهم معارضة دليل الخطاب فى هذا العموم وذلك ان ماروى عنه عليه الصلاة والسلام من قوله لاتنكح اليتيمة الا باذنها وقوله تستأمر اليتيمة فى نفسها خرجه أبو داود والمفهوم منه بدليل الخطاب ان ذات الأب بخلاف اليتيمة وقوله عليه الصلاة والسلام فى حديث ابن عباس المشهور والبكر تستأمر يوجب بعمومه استئمار كل بكر والعموم أقوى من دليل الخطاب مع انه خرج مسلم فى حديث ابن عباس زيادة وهو أنه قال عليه الصلاة والسلام والبكر يستأذنها أبوها وهو نص فى موضع الخلاف وأما الثيب الغير البالغ فان مالكا وأبا حنيفة قالا يجبرها الأب على النكاح وقال الشافعى لا يجبرها وقال المتأخرون ان فى المذهب فيها ثلاثة أقوال قول ان الأب يجبرها مالم تبلغ بعد الطلاق وهو قول أشهب وقول انه يجبرها وان بلغت وهو قول سحنون وقول انه لا يجبرها وان لم تبلغ وهو قول أبى تمام والذى حكيناه عن مالك هو الذى حكاه أهل مسائل الخلاف كابن القصار وغيره عنه وسبب اختلافهم معارضة دليل الخطاب للعموم وذلك ان قوله عليه الصلاة والسلام تستأمر اليتيمة فى نفسها ولا تنكح اليتيمة الا باذنها يفهم منه أن ذات الأب لا تستأمر الا ما أجمع عليه الجمهور من استئمار الثيب البالغ وعموم قوله عليه الصلاة والسلام الثيب أحق بنفسها من وليها يتناول البالغ وغير البالغ وكذلك قوله لا تنكح الايم حتى تستأمر ولا تنكح حتى تستأذن يدل بعمومه على ماقاله الشافعى ولاختلافهم فى هاتين المسألتين سبب آخر وهو استنباط القياس من موضع الاجماع وذلك انهم لما أجمعوا على أن الأب يجبر البكر غير البالغ وأنه لا يجبر الثيب البالغ الا خلافا شاذا فيهما جميعا كما قلنا اختلفوا فى موجب الاجبار هل هو البكارة أو الصغر فمن قال الصغر قال لا يجبر البكر البالغ ومن قال البكارة قال تجبر البكر البالغ ولا تجبر الثيب الصغيرة ومن قال كل واحد منهما يوجب الاجبار اذا انفرد قال يجبر البكر البالغ والثيب الغير البالغ والتعليل الأول تعليل أبى حنيفة والثانى تعليل الشافعى والثالث تعليل مالك والاصول أكثر شهادة لتعليل أبى حنيفة واختلفوا فى الثيوبة التى ترفع الاجبار وتوجب النطق بالرضا أو الرد فذهب مالك وأبو حنيفة الى انها الثيوبة التى تكون بنكاح صحيح أو شبهة نكاح أو ملك وانها لا تكون بزنا ولا بغصب وقال الشافعى كل ثيوبة ترفع الاجبار وسبب اختلافهم هل يتعلق الحكم بقوله عليه الصلاة والسلام الثيب أحق بنفسها من وليها بالثيوبة الشرعية أم بالثيوبة اللغوية واتفقوا على أن الأب يجبر ابنه الصغير على النكاح وكذلك ابنته الصغيرة البكر ولا يستأمرها لما ثبت أن رسول الله صلى الله عليه وسلم تزوج عائشة رضى الله عنها بنت ست أو سبع وبنى بها بنت تسع بانكاح أبى بكر أبيها رضى الله عنه الا ماروى من الخلاف

عن ابن شبرمة واختلفوا من ذلك فى مسئلتين احداهما هل يزوج الصغيرة غير الآب والثانية هل يزوج الصغير غير الأب فأما هل يزوج الصغيرة غير الأب أم لا فقال الشافعى يزوجها الجد أبو الأب والأب فقط وقال مالك لا يزوجها الا الأب فقط أو من جعل الأب له ذلك اذا عين الزوج الا أن يخاف عليها الضيعة والفساد وقال أبو حنيفة يزوج الصغيرة كل من له عليها ولاية من أب وقريب وغير ذلك ولها الخيار اذا بلغت وسبب اختلافهم معارضة العموم للقياس وذلك ان قوله عليه الصلاة والسلام والبكر تستأمر واذنها صماتها يقتضى العموم فى كل بكر الا ذات الأب التى خصصها الاجماع الا الخلاف الذى ذكرناه وكون سائر الأولياء معلوما منهم النظر والمصلحة لوليتهم يوجب أن يلحقوا بالأب فى هذا المعنى فمنهم من ألحق به جميع الأولياء ومنهم من ألحق به الجد فقط لأنه فى معنى الأب اذ كان أبا أعلى وهو الشافعى ومن قصر ذلك على الأب رأى ان ما للاب فى ذلك غير موجود لغيره اما من قبل أن للشرع خصه بذلك واما من قبل ان ما يوجد فيه من الرأفة والرحمة لا يوجد فى غيره وهو الذى ذهب اليه مالك رضى الله عنه وما ذهب اليه أظهر والله أعلم الا أن يكون هنالك ضرورة وقد احتجت الحنفية بجواز انكاح الصغار غير الآباء بقوله تعالى (فان خفتم أن لا تقسطوا فى اليتامى فانكحوا ما طاب لكم من النساء) قال واليتيم لا ينطلق الا على غير البالغة والفريق الثانى قالوا ان اسم اليتيم قد ينطلق على البالغة بدليل قوله عليه الصلاة والسلام تستأمر اليتيمة والمستأمرة هى من أهل الاذن وهى البالغة فيكون لاختلافهم سبب آخر وهو اشتراك اسم اليتيم وقد احتج أيضا من لم يجز نكاح غير الأب لها بقوله عليه الصلاة والسلام تستأمر اليتيمة فى نفسها قالوا والصغيرة ليست من أهل الاستئمار باتفاق فوجب المنع ولأولئك أن يقولوا ان هذا حكم اليتيمة التى هى من أهل الاستئمار وأما الصغيرة فمسكوت عنها وأما هل يزوج الولى غير الأب الصغير فان مالكا أجازه للوصى وأبا حنيفة أجازه للاولياء الا أن أبا حنيفة أوجب الخيار له اذا بلغ ولم يوجب ذلك مالك وقال الشافعى ليس لغير الأب انكاحه وسبب اختلافهم قياس غير الأب فى ذلك على الأب فمن رأى أن الاجتهاد الموجود فيه الذى جاز للاب به أن يزوج الصغير من ولده لا يوجد فى غير الاب لم يجز ذلك ومن رأى انه يوجد فيه أجاز ذلك ومن فرق بين الصغير فى ذلك والصغيرة فلأن الرجل يملك الطلاق اذا بلغ ولا تملكه المرأة ولذلك جعل أبو حنيفة لهما الخيار اذا بلغا ﴿وأما الموضع الثالث﴾ وهو هل يجوز عقد النكاح على الخيار فان الجمهور على انه لا يجوز وقال أبو ثور يجوز والسبب فى اختلافهم تردد النكاح بين البيوع التى لا يجوز فيها الخيار والبيوع التى يجوز فيها الخيار أو نقول ان الأصل فى العقود أن لا خيار الا ما وقع عليه النص وعلى المثبت للخيار الدليل أو نقول ان أصل منع الخيار (٧) فى البيوع هو الغرر والأنكحة لا غرر فيها لأن المقصود بها المكارمة لا المكايسة ولأن الحاجة الى الخيار والرؤية فى النكاح أشد منه فى البيوع وأما تراخى القبول من أحد الطرفين عن العقد فأجاز مالك من ذلك التراخى اليسير ومنعه قوم وأجازه قوم وذلك مثل أن ينكح الولى امرأة بغير اذنها فيبلغها النكاح فتجيزه وممن منعه مطلقا الشافعى وممن أجازه مطلقا أبو حنيفة وأصحابه والتفرقة بين الأمر الطويل والقصير لمالك وسبب الخلاف هل من شرط الانعقاد وجود القبول من المتعاقدين فى وقت واحد معا أم ليس ذلك من شرطه ومثل هذا الخلاف عرض فى البيع ﴿الركن الثانى فى شروط العقد﴾ وفيه ثلاثة فصول الفصل الأول

---

(٧) هكذا هذه العبارة بالاصول وليس لها معنى واضح

في الاولياء الثاني في الشهود الثالث في الصداق

﴿ الفصل الأول ﴾

والنظر في الأولياء في مواضع أربعة الأول في اشتراط الولاية في صحة النكاح الموضع الثاني في صفة الولي الثالث في أصناف الأولياء وترتيبهم في الولاية وما يتعلق بذلك الرابع في عضل الاولياء من يلونهم وحكم الاختلاف الواقع بين الولي والمولى عليه ﴿الموضع الأول﴾ اختلف العلماء هل الولاية شرط من شروط صحة النكاح أم ليست بشرط فذهب مالك الى أنه لا يكون نكاح الا بولي وانها شرط في الصحة في رواية أشهب عنه وبه قال الشافعي وقال أبو حنيفة وزفر والشعبي والزهري اذا عقدت المرأة نكاحها بغير ولي وكان كفؤا جاز وفرق داود بين البكر والثيب فقال باشتراط الولي في البكر وعدم اشتراطه في الثيب ويتخرج على رواية ابن القاسم عن مالك في الولاية قول رابع ان اشتراطها سنة لا فرض وذلك انه روى عنه انه كان يرى الميراث بين الزوجين بغير ولي وأنه يجوز للمرأة غير الشريفة أن تستخلف رجلا من الناس على انكاحها وكان يستحب أن تقدم الثيب وليها ليعقد عليها فكأنه عنده من شروط التمام لا من شروط الصحة بخلاف عبارة البغداديين من أصحاب مالك أعني انهم يقولون انها من شروط الصحة لا من شروط التمام وسبب اختلافهم انه لم تأت آية ولا سنة هي ظاهرة في اشتراط الولاية في النكاح فضلا عن أن يكون في ذلك نص بل الآيات والسنن التي جرت العادة بالاحتجاج بها عند من يشترطها هي كلها محتملة وكذلك الآيات والسنن التي يحتج بها من يشترط اسقاطها هي أيضا محتملة في ذلك والاحاديث مع كونها محتملة في ألفاظها مختلف في صحتها الا حديث ابن عباس وان كان المسقط لها ليس عليه دليل لأن الأصل براءة الذمة ونحن نورد مشهور ما احتج به الفريقان ونبين وجه الاحتمال في ذلك فمن أظهر ما يحتج به من الكتاب من اشترط الولاية قوله تعالى (فاذا بلغن أجلهن فلا تعضلوهن أن ينكحن أزواجهن) قالوا وهذا خطاب للاولياء ولو لم يكن لهم حق في الولاية لما نهوا عن العضل وقوله تعالى (ولا تنكحوا المشركين حتى يؤمنوا) قالوا وهذا خطاب للاولياء أيضا ومن أشهر ما احتج به هؤلاء من الأحاديث ما رواه الزهري عن عروة عن عائشة قالت قال رسول الله صلى الله عليه وسلم أيما امرأة نكحت بغير اذن وليها فنكاحها باطل ثلاث مرات وان دخل بها فالمهر لها بما أصاب منها فان اشتجروا فالسلطان ولي من لا ولي له خرجه الترمذي وقال فيه حديث حسن وأما ما احتج به من لم يشترط الولاية من الكتاب والسنة فقوله تعالى (فلا جناح عليكم فيما فعلن في أنفسهن بالمعروف) قالوا وهذا دليل على جواز تصرفها في العقد على نفسها قالوا وقد أضاف اليهن في غير ما آية من الكتاب الفعل فقال (أن ينكحن أزواجهن) وقال (حتى تنكح زوجا غيره) وأما من السنة فاحتجوا بحديث ابن عباس المتفق على صحته وهو قوله عليه الصلاة والسلام الايم أحق بنفسها من وليها والبكر تستأمر في نفسها واذنها صماتها وبهذا الحديث احتج داود في الفرق عنده بين الثيب والبكر في هذا المعنى فهذا مشهور ما احتج به الفريقان من السماع فأما قوله تعالى (فاذا بلغن أجلهن فلا تعضلوهن) فليس فيه أكثر من نهي قرابة المرأة وعصبتها من أن يمنعوها النكاح وليس نهيهم عن العضل مما يفهم منه اشتراط اذنهم في صحة العقد لا حقيقة ولا مجازا أعني بوجه من وجوه أدلة الخطاب الظاهرة أو النص

بل قد يمكن أن يفهم منه ضد هذا وهو ان الاولياء ليس لهم سبيل على من يلونهم وكذلك قوله تعالى (ولا تنكحوا المشركين حتى يؤمنوا) هو أن يكون خطابا لاولى الأمر من المسلمين أو لجميع المسلمين أحرى منه أن يكون خطابا للاولياء و بالجملة فهو متردد بين أن يكون خطابا للاولياء أو لاولى الامر فمن احتج بهذه الآية فعليه البيان انه أظهر فى خطاب الاولياء منه فى أولى الامر فان قيل ان هذا عام والعام يشمل ذوي الأمر والاولياء قيل ان هذا الخطاب انما هو خطاب بالمنع والمنع بالشرع فيستوى فيه الاولياء وغيرهم وكون الولى مأمورا بالمنع بالشرع لا يوجب له ولاية خاصة فى الاذن أصله الاجنبى ولو قلنا انه خطاب للاولياء يوجب اشتراط اذنهم فى صحة النكاح لكان مجملا لا يصح به عمل لأنه ليس فيه ذكر أصناف الاولياء ولا صفاتهم ولا مراتبهم والبيان لا يجوز تأخيره عن وقت الحاجة ولو كان فى هذا كله شرع معروف لنقل تواترا أو قريبا من التواتر لأن هذا مما تعم به البلوى ومعلوم انه كان فى المدينة من لا ولى له ولم ينقل عنه صلى الله عليه وسلم انه كان يعقد أنكحتهم ولا ينصب لذلك من يعقدها وأيضا فان المقصود من الآية ليس هو حكم الولاية وانما المقصود منها تحريم نكاح المشركين والمشركات وهذا ظاهر والله أعلم وأما حديث عائشة فهو حديث مختلف فى وجوب العمل به والاظهر ان ما لا يتفق على صحته انه ليس يجب العمل به وأيضا فان سلمنا صحة الحديث فليس فيه الا اشتراط اذن الولى لمن لها ولى أعنى المولى عليها وان سلمنا انه عام فى كل امرأة فليس فيه ان المرأة لا تعقد على نفسها أعنى أن لا تكون هى التى تلى العقد بل الاظهر منه انه اذا أذن الولى لها جاز أن تعقد على نفسها دون أن نشترط فى صحة النكاح اشهاد الولى معها وأما ما احتج به الفريق الآخر من قوله تعالى (فلا جناح عليكم فيما فعلن فى أنفسهن من معروف) فان المفهوم منه النهى عن التثريب عليهن فيما استبددن بفعله دون أوليائهن وليس ههنا شئ يمكن أن تستبد به المرأة دون الولى الا عقد النكاح فظاهر هذه الآية والله أعلم ان لها أن تعقد النكاح وللاولياء الفسخ اذا لم يكن بالمعروف وهو الظاهر من الشرع الا ان هذا لم يقل به أحد وأن يحتج ببعض ظاهر الآية على رأيهم ولا يحتج ببعضها فيه ضعف وأما اضافة النكاح اليهن فليس فيه دليل على اختصاصهن بالعقد لكن الاصل هو الاختصاص الا أن يقوم الدليل على خلاف ذلك وأما حديث ابن عباس فهو لعمرى ظاهر فى الفرق بين الثيب والبكر لأنه اذا كان كل واحد منهما يستأذن ويتولى العقد عليهما الولى فبماذا ليت شعرى تكون الايم أحق بنفسها من وليها وحديث الزهرى هو ان يكون موافقا لهذا الحديث أحرى من ان يكون معارضا له ويحتمل أن تكون التفرقة بينهما فى السكوت والنطق فقط ويكون السكوت كافيا فى العقد والاحتجاج بقوله تعالى (فلا جناح عليكم فيما فعلن فى أنفسهن بالمعروف) هو أظهر فى ان المرأة تلى العقد من الاحتجاج بقوله (ولا تنكحوا المشركين حتى يؤمنوا) على ان الولى هو الذى يلى العقد وقد ضعفت الحنفية حديث عائشة وذلك انه حديث رواه جماعة عن ابن جريج عن الزهرى وحكى ابن علية عن ابن جريج انه سأل الزهرى عنه فلم يعرفه قالوا والدليل على ذلك ان الزهرى لم يكن يشترط الولاية ولا الولاية من مذهب عائشة وقد احتجوا أيضا بحديث ابن عباس انه قال لا نكاح الا بولى وشاهدى عدل ولكنه مختلف فى رفعه وكذلك اختلفوا أيضا فى صحة الحديث الوارد فى نكاح النبى عليه الصلاة والسلام أم سلمة وأمره لابنها أن ينكحها اياه وأما احتجاج الفريقين من جهة المعانى

يحتمل وذلك انه يمكن أن يقال ان الرشد اذا وجد فى المرأة اكتفى به فى عقد النكاح كما يكتفى به فى التصرف فى المال ويشبه أن يقال ان المرأة مائلة بالطبع الى الرجال أكثر من ميلها الى تبذير الاموال فاحتاط الشرع بان جعلها محجورة فى هذا المعنى على التأبيد مع ان ما يلحقها من العار فى القاء نفسها فى غير موضع كفاءة يتطرق الى أوليائها لكن يكفى فى ذلك أن يكون للاولياء الفسخ أو الحسبة والمسئلة محتملة كما ترى لكن الذى يغلب على الظن انه لو قصد الشارع اشتراط الولاية لبين جنس الاولياء وأصنافهم ومراتبهم فان تأخر البيان عن وقت الحاجة لا يجوز فاذا كان لا يجوز عليه عليه الصلاة والسلام تأخير البيان عن وقت الحاجة وكان عموم البلوى فى هذه المسئلة يقتضى أن ينقل اشتراط الولاية عنه صلى الله عليه وسلم تواترا أو قريبا من التواتر ثم لم ينقل فقد يجب أن يعتقد أحد أمرين اما انه ليست الولاية شرطا فى صحة النكاح وانما للاولياء الحسبة فى ذلك وأما ان كان شرطا فليس من صحتها تمييز صفات الولى وأصنافهم ومراتبهم ولذلك يضعف قول من يبطل عقد الولى الأبعد مع وجود الاقرب ﴿الموضع الثانى﴾ وأما النظر فى الصفات الموجبة للولاية والسالبة لها فانهم اتفقوا على أن من شرط الولاية الاسلام والبلوغ والذكورية وأن سوالبها أضداد هذه أعنى الكفر والصغر والانوثة واختلفوا فى ثلاثة فى العبد والفاسق والسفيه فأما العبد فالأكثر على منع ولايته وجوزها أبو حنيفة وأما الرشد فالمشهور فى المذهب أعنى عند أكثر أصحاب مالك ان ذلك ليس من شرطها أعنى الولاية وبه قال أبو حنيفة وقال الشافعى ذلك من شرطها وقد روى عن مالك مثل قول الشافعى وبقول الشافعى قال أشهب وأبو مصعب وسبب الخلاف تشبيه هذه الولاية بولاية المال فمن رأى انه قد يوجد الرشد فى هذه الولاية مع عدمه فى المال قال ليس من شرطه أن يكون رشيدا فى المال ومن رأى أن ذلك ممتنع الوجود قال لا بد من الرشد فى المال وهما قسمان كما ترى أعنى أن الرشد فى المال غير الرشد فى اختيار الكفاءة لها وأما العدالة فانما اختلفوا فيها من جهة انها نظر للمعنى أعنى هذه الولاية فلا يؤمن مع عدم العدالة أن لا يختار لها الكفاءة وقد يمكن أن يقال ان الحالة التى بها يختار الاولياء لمولياتهم الكفء غير حالة العدالة وهى خوف لحوق العار بهم وهذه هى موجودة بالطبع وتلك العدالة الاخرى مكتسبة ولنقص العبد يدخل الخلاف فى ولايته كما يدخل فى عدالته ﴿الموضع الثالث﴾ وأما أصناف الولاية عند القائلين بها فهى نسب وسلطان ومولى أعلى وأسفل ومجرد الاسلام عند مالك صفة تقتضى الولاية على الدنيئة واختلفوا فى الوصى فقال مالك يكون الوصى وليا ومنع ذلك الشافعى وسبب اختلافهم هل صفة الولاية مما يمكن أن يستناب فيها أم ليس يمكن ذلك ولهذا السبب بعينه اختلفوا فى الوكالة فى النكاح لكن الجمهور على جوازها الا أبا ثور ولا فرق بين الوكالة والايصاء لان الوصى وكيل بعد الموت والوكالة تنقطع بالموت واختلفوا فى ترتيب الولاية من النسب فعند مالك أن الولاية معتبرة بالتعصيب الا الابن فمن كان أقرب عصبة كان أحق بالولاية والابناء عنده أولى وان سفلوا ثم الآباء ثم الاخوة للاب والام ثم للاب ثم بنو الاخوة للاب والام ثم للاب فقط ثم الاجداد للاب وان علوا وقال المغيرة الجد وأبوه أولى من الاخ وابنه ليس من أصل (٧) ثم العمومة على ترتيب الاخوة وان سفلوا ثم المولى ثم السلطان والمولى الاعلى عنده أحق من الاسفل والوصى عنده أولى من ولى النسب أعنى وصى الاب واختلف أصحابه فيمن أولى وصى الاب

(٧) هكذا بالاصل ولعل صوابه لانه أصل فليتأمل اهـ مصححه

أوولي النسب فقال ابن القاسم الوصي أولى مثل قول مالك وقال ابن الماجشون وابن عبد الحكم الولي أولى وخالف الشافعي مالكا في ولاية البنوة فلم يجزها أصلا وفي تقديم الاخوة على الجد فقال لا ولاية للابن وروى عن مالك أن الاب أولى من الابن وهو أحسن وقال أيضا الجد أولى من الاخ وبه قال المغيرة والشافعي اعتبر التعصيب أعني أن الولد ليس من عصبتها لحديث عمر لا تنكح المرأة الا باذن وليها أوذى الرأي من أهلها أو السلطان ولم يعتبره مالك في الابن لحديث أم سلمة أن النبي صلى الله عليه وسلم أمر ابنها أن ينكحها اياه ولانهم اتفقوا أعني مالكا والشافعي على أن الابن يرث الولاء الواجب للام والولاء عندهم للعصبة وسبب اختلافهم في الجد هو اختلافهم فيمن هو أقرب هل الجد أو الاخ ويتعلق بالترتيب ثلاث مسائل مشهورة أحدها اذا زوّج الأبعد مع حضور الاقرب والثانية اذا غاب الاقرب هل تنتقل الولاية الى الأبعد أو الى السلطان والثالثة اذا غاب الاب عن ابنته البكر هل تنتقل الولاية أو لا تنتقل (فأما المسئلة الاولى) فاختلف فيها قول مالك فمرة قال ان زوّج الأبعد مع حضور الاقرب فالنكاح مفسوخ ومرة قال النكاح جائز ومرة قال للاقرب أن يجيز أو يفسخ وهذا الخلاف كله عنده فيما عدا الاب في ابنته البكر والوصي في محجورته فانه لا يختلف قوله ان النكاح في هذين مفسوخ أعني تزويج غير الأب البنت البكر مع حضور الأب أو غير الوصي المحجورة مع حضور الوصي وقال الشافعي لا يعقد أحد مع حضور الأب لا في بكر ولا في ثيب وسبب هذا الاختلاف هو هل الترتيب حكم شرعي أعني ثابتا بالشرع في الولاية أم ليس بحكم شرعي وان كان حكما فهل ذلك حق من حقوق الولي الأقرب أم ذلك حق من حقوق الله فمن لم ير الترتيب حكما شرعيا قال يجوز نكاح الأبعد مع حضور الأقرب ومن رأى انه حكم شرعي ورأى أنه حق للولي قال النكاح منعقد فان أجازه الولي جاز وان لم يجزه انفسخ ومن رأى انه حق لله قال النكاح غير منعقد وقد أنكر قوم هذا المعنى في المذهب أعني أن يكون النكاح منفسخا غير منعقد (وأما المسئلة الثانية) فان مالكا يقول اذا غاب الولي الأقرب انتقلت الولاية الى الأبعد وقال الشافعي تنتقل الى السلطان وسبب اختلافهم هل الغيبة في ذلك بمنزلة الموت أم لا وذلك انه لا خلاف عندهم في انتقالها في الموت (وأما المسئلة الثالثة) وهي غيبة الأب عن ابنته البكر فان في المذهب فيها تفصيلا واختلافا وذلك راجع الى بعد المكان وطول الغيبة أو قربه والجهل بمكانه أو العلم به وحاجة البنت الى النكاح اما لعدم النفقة واما لما يخاف عليها من عدم الصون واما للامرين جميعا فاتفق المذهب على انه اذا كانت الغيبة بعيدة أو كان الأب مجهول الموضع أو أسيرا وكانت في صون وتحت نفقة انها ان لم تدع الى التزويج لا تزوّج وان دعت فتزوّج عند الأسر وعند الجهل بمكانه واختلفوا هل تزوّج مع العلم بمكانه أم لا اذا كان بعيدا فقيل تزوّج وهو قول مالك وقيل لا تزوّج وهو قول عبد الملك وابن وهب وأما ان عدمت النفقة أو كانت في غير صون فانها تزوّج أيضا في هذه الأحوال الثلاثة أعني في الغيبة البعيدة وفي الأسر والجهل بمكانه وكذلك ان اجتمع الأمران فاذا كانت في غير صون تزوّج وان لم تدع الى ذلك ولم يختلفوا فيما أحسب أنها لا تزوّج في الغيبة القريبة المعلومة لمكان امكان مخاطبته وليس يبعد بحسب النظر المصلحي الذي انبنى عليه هذا النظر أن يقال ان ضاق الوقت وخشي السلطان عليها الفساد زوّجت وان كان الموضع قريبا واذا قلنا انه تجوز ولاية الأبعد مع حضور الأقرب فان جعلت امرأة أمرها الى

وأما قدره فانهم اتفقوا على أنه ليس لأكثره حد واختلفوا فى أقله فقال الشافعى وأحمد واسحق وأبو ثور وفقهاء المدينة من التابعين ليس لأقله حد وكل ما جاز أن يكون ثمنا وقيمة لشئ جاز أن يكون صداقا وبه قال ابن وهب من أصحاب مالك وقال طائفة بوجوب تحديد أقله وهؤلاء اختلفوا المشهور فى ذلك مذهبان أحدهما مذهب مالك وأصحابه والثانى مذهب أبى حنيفة وأصحابه فأما مالك فقال أقله ربع دينار من الذهب أو ثلاثة دراهم كيلا من فضة أو ما ساوى الدراهم الثلاثة أعنى دراهم الكيل فقط فى المشهور وقيل أو ما يساوى أحدهما وقال أبو حنيفة عشرة دراهم أقله وقيل خمسة دراهم وقيل أربعون درهما وسبب اختلافهم فى التقدير سببان أحدهما تردده بين أن يكون عوضا من الاعواض يعتبر فيه التراضى بالقليل كان أو بالكثير كالحال فى البيوعات وبين ان يكون عبادة فيكون موقتا وذلك انه من جهة انه يملك به على المرأة منافعها على الدوام يشبه العوض ومن جهة انه لا يجوز التراضى على اسقاطه يشبه العبادة والسبب الثانى معارضة هذا القياس المقتضى التحديد لمفهوم الاثر الذى لا يقتضى التحديد أما القياس الذى يقتضى التحديد فهو كما قلنا انه عبادة والعبادات موقتة وأما الاثر الذى يقتضى مفهومه عدم التحديد فحديث سهل بن سعد الساعدى المتفق على صحته وفيه أن رسول الله صلى الله عليه وسلم جاءته امرأة فقالت يارسول الله انى قد وهبت نفسى لك فقامت قياما طويلا فقام رجل فقال يارسول الله زوجنيها ان لم يكن لك بها حاجة فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم هل معك من شئ تصدقها اياه وقال الساعدى الا ازارى فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم ان أعطيتها اياه جلست لا ازار لك فالتمس شيأ فقال لا أجد شيئا فقال عليه الصلاة والسلام التمس ولو خاتما من حديد فالتمس فلم يجد شيئا فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم هل معك شئ من القرآن قال نعم سورة كذا وسورة كذا السور سماها فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم قد أنكحتكها بما معك من القرآن قالوا فقوله عليه الصلاة والسلام التمس ولو خاتما من حديد دليل على انه لا قدر لأقله لانه لو كان له قدر لبينه اذ لا يجوز تأخير البيان عن وقت الحاجة وهذا استدلال بين كما ترى مع أن القياس الذى اعتمده القائلون بالتحديد ليس تسلم مقدماته وذلك انه انبنى على مقدمتين احداهما أن الصداق عبادة والثانية أن العبادة موقتة وفى كليهما نزاع للخصم وذلك انه قد يلفى فى الشرع من العبادات ما ليست موقتة بل الواجب فيها هو أقل ما ينطلق عليه الاسم وأيضا فانه ليس فيه شبه العبادات خالصا وانما صار المرجحون لهذا القياس على مفهوم الاثر لاحتمال أن يكون ذلك الاثر خاصا بذلك الرجل لقوله فيه قد أنكحتكها بما معك من القرآن وهذا خلاف للاصول وان كان قد جاء فى بعض الروايات انه قال قم فعلمها لما ذكر انه معه من القرآن فقام فعلمها فجاء نكاحا باجارة لكن لما التمسوا أصلا يقيسون عليه قدر الصداق لم يجدوا شيئا أقرب شبها به من نصاب القطع على بعد ما بينهما وذلك ان القياس الذى استعملوه فى ذلك هو انهم قالوا عضو مستباح بمال فوجب ان يكون مقدرا أصله القطع وضعف هذا القياس هو من قبل ان الاستباحة فيهما هى مقولة باشتراك الاسم وذلك ان القطع غير الوطء وأيضا فان القطع استباحة على جهة العقوبة والاذى ونقص خلقة وهذا استباحة على جهة اللذة والمودة ومن شأن قياس الشبه على ضعفه ان يكون الذى به تشابه الفرع والاصل شيئا واحدا لا بالاسم بل بالمعنى وان يكون الحكم انما وجد للاصل من جهة الشبه وهذا كله معدوم فى هذا القياس ومع هذا فانه من

الشبه الذى لم ينبه عليه اللفظ وهذا النوع من القياس مردود عند المحققين لكن لم يستعملوا هذا القياس فى اثبات التحديد المقابل لمفهوم الحديث اذ هو فى غاية الضعف وانما استعملوه فى تعيين قدر التحديد وأما القياس الذى استعملوه فى معارضة مفهوم الحديث فهو أقوى من هذا و يشهد لعدم التحديد ماخرجه الترمذى ان امرأة تزوجت على نعلين فقال لها رسول الله صلى الله عليه وسلم أرضيت من نفسك ومالك بنعلين فقالت نعم فأجاز نكاحها وقال هو حديث حسن صحيح ولما اتفق القائلون بالتحديد على قياسه على نصاب السرقة اختلفوا فى ذلك بحسب اختلافهم فى نصاب السرقة فقال مالك هو ربع دينار أو ثلاثة دراهم لانه النصاب فى السرقة عنده وقال أبو حنيفة هو عشرة دراهم لانه النصاب فى السرقة عنده وقال ابن شبرمة هو خمسة دراهم لانه النصاب عنده أيضا فى السرقة وقد احتجت الحنفية لكون الصداق محدداً بهذا القدر بحديث يروونه عن جابر عن النبى عليه الصلاة والسلام انه قال لامهر بأقل من عشرة دراهم ولو كان هذا ثابتا لكان رافعا لموضع الخلاف لانه كان يجب لموضع هذا الحديث ان يحمل حديث سهل بن سعد على الخصوص لكن حديث جابر هذا ضعيف عند أهل الحديث فانه يرويه قالوا مبشر بن عبيد عن الحجاج بن ارطاة عن عطاء عن جابر ومبشر والحجاج ضعيفان وعطاء أيضا لم يلق جابرا ولذلك لا يمكن أن يقال ان هذا الحديث معارض لحديث سهل بن سعد ﴿ المسئلة الثالثة ﴾ أما جنسه فكل ما جاز أن يتملك وأن يكون عوضا واختلفوا من ذلك فى مكانين فى النكاح بالاجارة وفى جعل عتق أمته صداقها أما النكاح على الاجارة ففى المذهب فيه ثلاثة أقوال قول بالاجازة وقول بالمنع وقول بالكراهة والمشهور عن مالك الكراهة ولذلك رأى فسخه قبل الدخول وأجازه من أصحابه أصبغ وسحنون وهو قول الشافعى ومنعه ابن القاسم وأبو حنيفة الا فى العبد فان أبا حنيفة أجازه وسبب اختلافهم سببان أحدهما هل شرع من قبلنا لازم لنا حتى يدل الدليل على ارتفاعه أم الامر بالعكس فمن قال هو لازم أجازه لقوله تعالى (انى أريد أن أنكحك احدى ابنتى هاتين على أن تأجرنى ثمانى حجج) الآية ومن قال ليس بلازم قال لا يجوز النكاح بالاجارة والسبب الثانى هل يجوز أن يقاس النكاح فى ذلك على الاجارة وذلك ان الاجارة هى مستثناة من بيوع الغرر المجهول ولذلك خالف فيها الاصم وابن علية وذلك ان أصل التعامل انما هو على عين معروفة ثابتة فى عين معروفة ثابتة والاجارة هى عين ثابتة فى مقابلتها حركات وأفعال غير ثابتة ولا مقدرة بنفسها ولذلك اختلف الفقهاء متى تجب الاجرة على المستأجر وأما كون العتق صداقا فانه منعه فقهاء الامصار ماعدا داود وأحمد وسبب اختلافهم معارضة الاثر الوارد فى ذلك للاصول أعنى ماثبت من انه عليه الصلاة والسلام أعتق صفية وجعل عتقها صداقها مع احتمال ان يكون هذا خاصا به عليه الصلاة والسلام لكثرة اختصاصه فى هذا الباب ووجه مفارقته للاصول أن العتق ازالة ملك والازالة لا تتضمن استباحة الشئ بوجه آخر لانها اذا أعتقت ملكت نفسها فكيف يلزمها النكاح ولذلك قال الشافعى انها ان كرهت زواجه غرمت له قيمتها لانه رأى انها قد أتلفت عليه قيمتها اذ كان انما أتلفها بشرط الاستمتاع بها وهذا كله لا تعارض به فعله عليه الصلاة والسلام ولو كان غير جائز لغيره لبينه عليه الصلاة والسلام والاصل ان أفعاله لازمة لنا الا ما قام الدليل على خصوصيته وأما صفة الصداق فانهم اتفقوا على انعقاد النكاح على العرض المعين الموصوف

أعني المنضبط جنسه وقدره بالوصف واختلفوا فى العرض الغير موصوف ولامعين مثل ان يقول أنكحتكها على عبد أوخادم من غير ان يصف ذلك وصفا يضبط قيمته فقال مالك وأبوحنيفة يجوز وقال الشافعي لايجوز واذا وقع النكاح على هذا الوصف عند مالك كان لها الوسط مما سمي وقال أبوحنيفة يجبر على القيمة وسبب اختلافهم هل يجرى النكاح فى ذلك مجرى البيع من القصد فى التشاح أوليس يبلغ ذلك المبلغ بل القصد منه أكثر ذلك المكارمة فمن قال يجرى فى التشاح مجرى البيع قال كما لايجوز البيع على شئ غير موصوف كذلك لايجوز النكاح ومن قال ليس يجرى مجراه اذ المقصود منه انما هو المكارمة قال يجوز وأما التأجيل فان قوما لم يجيزوه أصلا وقوم أجازوه واستحبوا أن يقدم شيأ منه اذا أراد الدخول وهو مذهب مالك والذين أجازوا التأجيل منهم من لم يجزه الا لزمن محدود وقدر هذا البعد وهو مذهب مالك ومنهم من أجازه لموت أوفراق وهو مذهب الاوزاعي وسبب اختلافهم هل يشبه النكاح البيع فى التأجيل أولا يشبهه فمن قال يشبهه لم يجز التأجيل لموت أوفراق ومن قال لا يشبهه أجاز ذلك ومن منع التأجيل فلكونه عبادة ﴿ الموضع الثانى فى النظر فى التقرر ﴾ واتفق العلماء على أن الصداق يجب كله بالدخول أوالموت أما وجوبه كله بالدخول فلقوله تعالى (وان أردتم استبدال زوج مكان زوج وآتيتم احداهن قنطارا فلاتأخذوا منه شيأ) الآية وأما وجوبه بالموت فلا أعلم الآن فيه دليلا مسموعا الا انعقاد الاجماع على ذلك واختلفوا هل من شرط وجوبه مع الدخول المسيس أم ليس ذلك من شرطه بل يجب بالدخول والخلوة وهو الذى يعنون بارخاء الستور فقال مالك والشافعي وداود لايجب بارخاء الستور الا نصف المهر مالم يكن المسيس وقال أبوحنيفة يجب المهر بالخلوة نفسها الا ان يكون محرما أومريضا أوصائما فى رمضان أوكانت المرأة حائضا وقال ابن أبى ليلى يجب المهر كله بالدخول ولم يشترط فى ذلك شيأ وسبب اختلافهم فى ذلك معارضة حكم الصحابة فى ذلك لظاهر الكتاب وذلك أنه نص تبارك وتعالى فى المدخول بها المنكوحة انه ليس يجوز ان يؤخذ من صداقها شئ فى قوله تعالى (وكيف تأخذونه وقد أفضى بعضكم الى بعض) ونص فى المطلقة قبل المسيس ان لها نصف الصداق فقال تعالى (وان طلقتموهن من قبل أن تمسوهن وقد فرضتم لهن فريضة فنصف مافرضتم) وهذا نص كما ترى فى حكم كل واحدة من هاتين الحالتين أعنى قبل المسيس وبعد المسيس ولاوسط بينهما فوجب بهذا ايجابا ظاهرا أن الصداق لايجب الا بالمسيس والمسيس ههنا الظاهر من أمره انه الجماع وقد يحتمل ان يحمل على أصله فى اللغة وهو المس ولعل هذا هو الذى تأولت الصحابة ولذلك قال مالك فى العنين المؤجل انه قد وجب لها الصداق عليه اذا وقع الطلاق لطول مقامه معها فجعل له دون الجماع تأثيرا فى ايجاب الصداق وأما الاحكام الواردة فى ذلك عن الصحابة فهو ان من أغلق بابا أوأرخى سترا فقد وجب عليه الصداق لم يختلف عليهم فى ذلك فيما حكوا واختلفوا من هذا الباب فى فرع وهو اذا اختلفا فى المسيس أعنى القائلين باشتراط المسيس وذلك مثل أن تدعى هى المسيس وينكره هو فالمشهور عن مالك أن القول قولها وقيل ان كان دخول بناء صدقت وان كان دخول زيارة لم تصدق وقيل ان كانت بكرا نظر اليها النساء فيتحصل فيها فى المذهب ثلاثة أقوال وقال الشافعي وأهل الظاهر القول قوله وذلك لانه مدعى عليه ومالك ليس يعتبر فى وجوب اليمين على المدعى عليه من جهة ما هو مدعى عليه بل من

جهة ماهو أقوى شبهة فى الاكثر ولذلك يجعل القول فى مواضع كثيرة قول المدعى اذا كان أقوى شبهة وهذا الخلاف يرجع الى هل ايجاب اليمين على المدعى عليه معلل أو غير معال وكذلك القول فى وجوب البينة على المدعى وسيأتى هذا فى مكانه ﴿الموضع الثالث فى التشطير﴾ واتفقوا اتفاقا مجملا انه اذا طلق قبل الدخول وقد فرض صداقا انه يرجع عليها بنصف الصداق لقوله تعالى (فنصف مافرضتم) الآية والنظر فى التشطير فى أصول ثلاثة فى محله من الانكحة وفى موجبه من أنواع الطلاق أعنى الواقع قبل الدخول وفى حكم مايعرض له من التغييرات قبل الطلاق أما محله من النكاح عند مالك فهو النكاح الصحيح أعنى ان يكون يقع الطلاق الذى قبل الدخول فى النكاح الصحيح وأما النكاح الفاسد فان لم تكن الفرقة فيه فسخا وطلق قبل الفسخ ففى ذلك قولان وأما موجب التشطير فهو الطلاق الذى يكون باختيار من الزوج لا باختيار منها مثل الطلاق الذى يكون من قبل قيامها بعيب يوجد فيه واختلفوا من هذا الباب فى الذى يكون سببه قيامها عليه بالصداق أو النفقة مع عسره ولا فرق بينه و بين القيام بالعيب وأما الفسوخ التى ليست طلاقا فلا خلاف انها ليست توجب التشطير اذا كان فيها الفسخ من قبل العقد أو من قبل الصداق و بالجلة من قبل عدم موجبات الصحة وليس لها فى ذلك اختيار أصلا وأما الفسوخ الطارئة على العقد الصحيح مثل الردة والرضاع فان لم يكن لاحدهما فيه اختيار أو كان لها دونه لم يوجب التشطير وان كان له فيه اختيار مثل الردة أوجب التشطير والذى يقتضيه مذهب أهل الظاهر ان كل طلاق قبل البناء فواجب أن يكون فيه التنصيف سواء كان من سببها أو سببه وان ما كان فسخا ولم يكن طلاقا فلا تنصيف فيه وسبب الخلاف هل هذه السنة معقولة المعنى أم ليست بمعقولة فمن قال انها معقولة المعنى وانه انما وجب لها نصف الصداق عوض ما كان لها لمكان الجبر على ردسلعتها وأخذ الثمن كالحال فى المشترى فلما فارق النكاح فى هذا المعنى البيع جعل لها هذا عوضا من ذلك الحق قال اذا كان الطلاق من سببها لم يكن لها شئ لانها أسقطت ما كان لها من جبره على دفع الثمن وقبض السلعة ومن قال انها سنة غير معقولة واتبع ظاهر اللفظ قال يلزم التشطير فى كل طلاق كان من سببه أو سببها فاما حكم مايعرض للصداق من التغييرات قبل الطلاق فان ذلك لايخلو أن يكون من قبلها أو من الله فما كان من قبل الله فلا يخلو من أربعة أوجه اما أن يكون تلفا للكل واما أن يكون نقصا واما أن يكون زيادة واما أن يكون زيادة ونقصا نامعا وما كان من قبلها فلا يخلو أن يكون تصرفها فيه بتفويت مثل البيع والعتق والهبة أو يكون تصرفها فيه فى منافعها الخاصة بها أو فيما تتجهز به الى زوجها فعند مالك انهما فى التلف وفى الزيادة وفى النقصان شريكان وعند الشافعى انه يرجع فى النقصان والتلف عليها بالنصف ولا يرجع بنصف الزيادة وسبب اختلافهم هل تملك المرأة الصداق قبل الدخول أو الموت ملكا مستقرا أو لا تملكه فمن قال انها لا تملكه ملكا مستقرا قال هما فيه شريكان مالم تتعد فتدخله فى منافعها ومن قال تملكه ملكا مستقرا والتشطير حق واجب تعين عليها عند الطلاق و بعد استقرار الملك أوجب الرجوع عليها بجميع ماذهب عندها ولم يختلفوا انها اذا صرفته فى منافعها ضامنة للنصف واختلفوا اذا اشترت به مايصلحها للجهاز مما جرت به العادة هل يرجع عليها بنصف مااشترته أم بنصف الصداق الذى هو الثمن فقال مالك يرجع عليها بنصف مااشترته وقال أبو حنيفة والشافعى يرجع

عليها بنصف الثمن الذى هو الصداق واختلفوا من هذا الباب فى فرع مشهور متعلق بالسماع وهو هل للاب أن يعفو عن نصف الصداق فى ابنته البكر أعنى اذا طلقت قبل الدخول والسيد فى أمته فقال مالك ذلك له وقال أبو حنيفة والشافعى ليس ذلك له وسبب اختلافهم هو الاحتمال الذى فى قوله تعالى (الا ان يعفون أو يعفو الذى بيده عقدة النكاح) وذلك فى لفظة يعفو فانها تقال فى كلام العرب مرة بمعنى يسقط ومرة بمعنى يهب وفى قوله الذى بيده عقدة النكاح على من يعود هذا الضمير هل على الولى أو على الزوج فمن قال على الزوج جعل يعفو بمعنى يهب ومن قال على الولى جعل يعفو بمعنى يسقط وشذ قوم فقالوا لكل ولى أن يعفو عن نصف الصداق الواجب للمرأة ويشبه أن يكون هذان الاحتمالان اللذان فى الآية على السواء لكن من جعله الزوج فلم يوجب حكما زائدا فى الآية أى شرعا زائدا لان جواز ذلك معلوم من ضرورة الشرع ومن جعله الولى اما الاب واما غيره فقد زاد شرعا فلذلك يجب عليه أن يأتى بدليل يبين به أن الآية أظهر فى الولى منها فى الزوج وذلك شئ يعسر والجمهور على أن المرأة الصغيرة والمحجورة ليس لها أن تهب من صداقها النصف الواجب لها وشذ قوم فقالوا يجوز أن تهب مصيرا العموم قوله تعالى (الا أن يعفون) واختلفوا من هذا الباب فى المرأة اذا وهبت صداقها لزوجها ثم طلقت قبل الدخول فقال مالك ليس يرجع عليها بشئ وقال الشافعى يرجع عليها بنصف الصداق وسبب الخلاف هل النصف الواجب للزوج بالطلاق هو فى عين الصداق أو فى ذمة المرأة فمن قال فى عين الصداق قال لا يرجع عليها بشئ لانه قد قبض الصداق كله ومن قال هو فى ذمة المرأة قال يرجع وان وهبته له كما لو وهبت له غير ذلك من مالها وفرق أبو حنيفة فى هذه المسئلة بين القبض ولا قبض فقال ان قبضت فله النصف وان لم تقبض حتى وهبت فليس له شئ كأنه رأى ان الحق فى العين مالم تقبض فاذا قبضت صار فى الذمة

(الموضع الرابع فى التفويض) وأجمعوا على أن نكاح التفويض جائز وهو أن يعقد النكاح دون صداق لقوله تعالى (لا جناح عليكم ان طلقتم النساء مالم تمسوهن أو تفرضوا لهن فريضة) واختلفوا من ذلك فى موضعين أحدهما اذا طلبت الزوجة فرض الصداق واختلفا فى القدر الموضع الثانى اذا مات الزوج ولم يفرض هل لها صداق أم لا (فاما المسئلة الاولى) وهى اذا قامت المرأة تطلب أن يفرض لها مهرا فقالت طائفة يفرض لها مهر مثلها وليس للزوج فى ذلك خيار فان طلق بعد الحكم فمن هؤلاء من قال لها نصف الصداق ومنهم من قال ليس لها شئ لان أصل الفرض لم يكن فى عقدة النكاح وهو قول أبى حنيفه وأصحابه وقال مالك وأصحابه الزوج بين خيارات ثلاث اما ان يطلق ولا يفرض واما ان يفرض ما تطلبه المرأة به واما ان يفرض صداق المثل ويلزمها وسبب اختلافهم أعنى بين من يوجب مهر المثل من غير خيار للزوج اذا طاق بعد طلبها الفرض ومن لا يوجب اختلافهم فى مفهوم قوله تعالى (لا جناح عليكم ان طلقتم النساء مالم تمسوهن أو تفرضوا لهن فريضة) هل هذا محمول على العموم فى سقوط الصداق سواء كان سبب الطلاق اختلافهم فى فرض الصداق أو لم يكن الطلاق سببه الخلاف فى ذلك أيضا فهل يفهم من رفع الجناح عن ذلك سقوط المهر فى كل حال أو لا يفهم ذلك فيه احتمال وان كان لا [illegible] وطء فى كل حال لقوله تعالى (ومتعوهن على الموسع قدره وعلى المقتر قدره) ولا خلاف أعلمه فى انه اذا طاق ابتداء انه ليس عليه شئ وقد كان يجب على من أوجب لها المتعة مع شطر الصداق

اذا طلق قبل الدخول فى نكاح غير التفويض وأوجب لها مهر المثل فى نكاح التفويض أن يوجب لها مع المتعة فيه شطر مهر المثل لان الآية لم تتعرض بمفهومها لاسقاط الصداق فى نكاح التفويض وانما تعرضت لاباحة الطلاق قبل الفرض فان كان يوجب نكاح التفويض مهر المثل اذا طلب فواجب أن أن يتشطر اذا وقع الطلاق كما يتشطر فى المسمى ولهذا قال مالك انه ليس يلزم فيه مهر المثل مع خيار الزوج (وأما المسئلة الثانية) وهى اذا مات الزوج قبل تسمية الصداق وقبل الدخول بها فان مالكا وأصحابه والاوزاعى قالوا ليس لها صداق ولها المتعة والميراث وقال أبو حنيفة لها صداق المثل والميراث وبه قال أحمد وداود وعن الشافعى القولان جميعا الا أن المنصور عند أصحابه هو مثل قول مالك وسبب اختلافهم معارضة القياس للاثر أما الاثر فهو ماروى عن ابن مسعود انه سئل عن هذه المسئلة فقال أقول فيها برأيى فان كان صوابا فمن الله وان كان خطأ فنى أرى لها صداق امرأة من نسائها لا وكس ولا شطط وعليها العدة ولها الميراث فقام معقل بن بسار الاشجعى فقال أشهد لقضيت فيها بقضاء رسول الله صلى الله عليه وسلم فى بروع بنت واشق خرّجه أبو داود والنسائى والترمذى وصححه وأما القياس المعارض لهذا فهو أن الصداق عوض فلما لم يقبض المعوض لم يجب العوض قياسا على البيع وقال المزنى عن الشافعى فى هذه المسئلة ان ثبت حديث بروع فلا حجة فى قول أحد مع السنة والذى قاله هو الصواب والله أعلم (الموضع الخامس فى الاصدقة الفاسدة) والصداق يفسد اما لعينه واما لصفة فيه من جهل أو غرر فالذى يفسد لعينه فمثل الخمر والخنزير ومالا يجوز أن يتملك والذى يفسد من قبل الغرر والجهل فالاصل فيه تشبيهه بالبيوع وفى ذلك خمس مسائل مشهورة (المسئلة الاولى) اذا كان الصداق خمرا أو خنزيرا أو ثمرة لم يبد صلاحها أو بعيرا شاردا فقال أبو حنيفة العقد صحيح اذا وقع وفيه مهر المثل وعن مالك فى ذلك روايتان احداهما فساد العقد وفسخه قبل الدخول وبعده وهو قول أبى عبيد والثانية انه ان دخل ثبت ولها صداق المثل وسبب اختلافهم هل حكم النكاح فى ذلك حكم البيع أم ليس كذلك فمن قال حكمه حكم البيع قال يفسد النكاح بفساد الصداق كما يفسد البيع بفساد الثمن ومن قال ليس من شرط صحة عقد النكاح صحة الصداق بدليل أن ذكر الصداق ليس شرطا فى صحة العقد قال يمضى النكاح ويصحح بصداق المثل والفرق بين الدخول وعدمه ضعيف والذى تقتضيه أصول مالك أن يفرق بين الصداق المحرم العين وبين المحرم لصفة فيه قياسا على البيع ولست أذكر الآن فيه نصا (المسئلة الثانية) واختلفوا اذا اقترن بالمهر بيع مثل أن تدفع اليه عبدا ويدفع ألف درهم عن الصداق وعن ثمن العبد ولا يسمى الثمن من الصداق فمنعه مالك وابن القاسم وبه قال أبو ثور وأجازه أشهب وهو قول أبى حنيفة وفرق عبد الله فقال ان كان الباقى بعد البيع ربع دينار فصاعدا بأمر لا يشك فيه جاز واختلف فيه قول الشافعى فمرة قال ذلك جائز ومرة قال فيه مهر المثل وسبب اختلافهم هل النكاح فى ذلك شبيه بالبيع أم ليس بشبيه فمن شبهه فى ذلك بالبيع منعه ومن جوز فى النكاح من الجهل مالا يجوز فى البيع قال يجوز (المسئلة الثالثة) واختلف العلماء فيمن نكح امرأة واشترط عليه فى صداقها حباء يحابى به الاب على ثلاثة أقوال فقال أبو حنيفة وأصحابه الشرط لازم والصداق صحيح وقال الشافعى المهر فاسد ولها

صداق المثل وقال مالك اذا كان الشرط عند النكاح فهو لابنته وان كان بعد النكاح فهو له وسبب اختلافهم تشبيه النكاح فى ذلك بالبيع فمن شبهه بالوكيل يبيع السلعة و يشترط لنفسه حباء قال لا يجوز النكاح كما لا يجوز البيع ومن جعل النكاح فى ذلك مخالفا للبيع قال يجوز وأما فرق مالك فلانه اتهمه اذا كان الشرط فى عقد النكاح ان يكون ذلك الذى اشترطه لنفسه نقصانا من صداق مثلها ولم يتهمه اذا كان بعد انعقاد النكاح والاتفاق على الصداق وقول مالك هو قول عمر بن عبد العزيز والثورى وأبى عبيد وخرج النسائى وأبو داود وعبد الرزاق عن عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده قال قال رسول الله صلى الله عليه وسلم أيما امرأة نكحت على حباء قبل عصمة النكاح فهو لها وما كان بعد عصمة النكاح فهو لمن أعطيه وأحق ما أكرم الرجل عليه ابنته وأخته وحديث عمرو بن شعيب مختلف فيه من قبل انه صحفه ولكنه نص فى قول مالك وقال أبو عمر بن عبد البر اذا رواه الثقات وجب العمل به ﴿المسئلة الرابعة﴾ واختلفوا فى الصداق يستحق أو يوجد به عيب فقال الجمهور النكاح ثابت واختلفوا هل ترجع بالقيمة أو بالمثل أو بمهر المثل واختلف فى ذلك قول الشافعى فقال مرة بالقيمة وقال مرة بمهر المثل وكذلك اختلف المذهب فى ذلك فقيل ترجع بالقيمة وقيل ترجع بالمثل قال أبو الحسن اللخمى ولو قيل ترجع بالاقل من القيمة أو صداق المثل لكان ذلك وجها وشذ سحنون فقال النكاح فاسد ومبنى الخلاف هل يشبه النكاح فى ذلك البيع أو لا يشبهه فمن شبهه قال ينفسخ ومن لم يشبهه قال لا ينفسخ ﴿المسئله الخامسة﴾ واختلفوا فى الرجل ينكح المرأة على ان الصداق ألف ان لم يكن لهزوجة وان كانت له زوجة فالصداق ألفان فقال الجمهور بجوازه واختلفوا فى الواجب فى ذلك فقال قوم الشرط جائز ولها من الصداق بحسب ما اشترط وقالت طائفة لها مهر المثل وهو قول الشافعى وبه قال أبو ثور الا انه قال ان طلقها قبل الدخول لم يكن لها الا المتعة وقال أبو حنيفة ان كانت له امرأة فلها ألف درهم وان لم تكن له امرأة فلها مهر مثلها مالم يكن أكثر من الالفين أو أقل من الالف ويتخرج فى هذا قول ان النكاح مفسوخ لمكان الغرر ولست أذكر الان نصا فيها فى المذهب فهذه مشهور مسائلهم فى هذا الباب وفروعه كثيرة واختلفوا فيما يعتبر به مهر المثل اذا قضى به فى هذه المواضع وما أشبهها فقال مالك يعتبر فى جمالها ونصابها[٧] ومالها وقال الشافعى يعتبر بنساء عصبتها فقط وقال أبو حنيفة يعتبر فى ذلك نساء قرابتها من العصبة وغيرهم ومبنى الخلاف هل المماثلة فى المنصب فقط أو فى المنصب والمال والجمال لقوله عليه الصلاة والسلام تنكح المرأة لدينها وجمالها وحسبها الحديث ﴿الموضع السادس فى اختلاف الزوجين فى الصداق﴾ واختلافهم لا يخلو أن يكون فى القبض أو فى القدر أو فى الجنس أو فى الوقت أعنى وقت الوجوب فأما اذا اختلفا فى القدر فقالت المرأة مثلا بمائتين وقال الزوج بمائة فان الفقهاء اختلفوا فى ذلك اختلافا كثيرا فقال مالك انه ان كان الاختلاف قبل الدخول وأتى الزوج بما يشبه والمرأة بما يشبه أنهما يتحالفان و يتفاسخان وان حلف أحدهما ونكل الآخر كان القول قول الحالف وان نكلا جميعا كان بمنزلتهما اذا حلفا جميعا ومن أتى بما يشبه منهما كان القول قوله وان كان الاختلاف بعد الدخول فالقول قول الزوج وقالت طائفة القول قول الزوج مع يمينه

---

(٧) قوله ونصابها كذا فى النسخ ولعله منصبها فتأمل اه مصححه

وبه قال أبو ثور وابن أبي ليلى وابن شبرمة وجماعة وقالت طائفة القول قول الزوجة الى مهر مثلها وقول الزوج فيما زاد على مهر مثلها وقالت طائفة اذا اختلفا تحالفا ورجع الى مهر المثل ولم تر الفسخ كمالك وهو مذهب الشافعي والثوري وجماعة وقد قيل انها ترد الى صداق المثل دون يمين مالم يكن صداق المثل أكثر مما ادعت وأقل مما ادعى هو واختلافهم مبني على اختلافهم في مفهوم قوله عليه الصلاة والسلام البينه على من ادعى واليمين على من أنكر هل ذلك معلل أو غير معلل فمن قال معلل قال يحلف أبدا أقواهما شبهة فان استويا تحالفا وتفاسخا ومن قال غير معلل قال يحلف الزوج لأنها تقر له بالنكاح وجنس الصداق وتدعى عليه قدرا زائدا فهو مدعى عليه وقيل أيضا يتحالفان أبدا لأن كل واحد منهما مدعى عليه وذلك عند من لم يراع الاشباه والخلاف في ذلك في المذهب ومن قال القول قولها الى مهر المثل والقول قوله فيما زاد على مهر المثل رأى أنهما لا يستويان أبدا في الدعوى بل يكون أحدهما ولابد أقوى شبهة وذلك انه لايخلو دعواها من أن يكون فيما يعادل صداق مثلها فما دونه فيكون القول قولها أو يكون فيما فوق ذلك فيكون القول قوله وسبب اختلاف مالك والشافعي في التفاسخ بعد التحالف والرجوع الى صداق المثل هو هل يشبه النكاح بالبيع في ذلك أم ليس يشبه فمن قال بشبهه قال بالتفاسخ ومن قال لا يشبهه لأن الصداق ليس من شرط صحة العقد قال بصداق المثل بعد التحالف وكذلك من زعم من أصحاب مالك أنه لا يجوز لهما بعد التحالف أن يتراضيا على شئ ولا أن يرجع أحدهما الى قول الآخر ويرضى به فهو في غاية الضعف ومن ذهب الى هذا فانما يشبهه باللعان وهو تشبيه ضعيف مع أن وجود هذا الحكم للعان مختلف فيه وأما اذا اختلفا في القبض فقالت الزوجة لم أقبض وقال الزوج قد قبضت فقال الجمهور القول قول المرأة الشافعي والثوري وأحمد وأبو ثور وقال مالك القول قولها قبل الدخول والقول قوله بعد الدخول وقال بعض أصحابه انما قال ذلك مالك لأن العرف بالمدينة كان عندهم أن لا يدخل الزوج حتى يدفع الصداق فان كان بلد ليس فيه هذا العرف كان القول قولها أبدا والقول بأن القول قولها أبدا أحسن لانها مدعى عليها ولكن مالك راعى قوة الشبهة التي له اذا دخل بها الزوج واختلف أصحاب مالك اذا طال الدخول هل يكون القول قوله بيمين أو بغير يمين وبيمين أحسن وأما اذا اختلفا في جنس الصداق فقال هو مثلا زوجتك على هذا العبد وقالت هي زوجتك على هذا الثوب فالمشهور في المذهب أنهما يتحالفان ويتفاسخان ان كان الاختلاف قبل البناء وان كان بعد البناء ثبت وكان لها صداق المثل مالم يكن أكثر مما ادعت أو أقل مما اعترف به وقال ابن القصار يتحالفان قبل الدخول والقول قول الزوج بعد الدخول وقال أصبغ القول قول الزوج ان كان يشبه سواء أشبه قولها أو لم يشبه فان لم يشبه قول الزوج فان كان قولها مشبها كان القول قولها وان لم يكن قولها مشبها تحالفا وكان لها صداق المثل وقول الشافعي في هذه المسئلة مثل قوله عند اختلافهم في القدر أعني يتحالفان ويتراجعان الى مهر المثل وسبب قول الفقهاء بالتفاسخ في البيع ستعرف أصله في كتاب البيوع ان شاء الله وأما اختلافهم في الوقت فانه يتصور في الكالئ والذي يجيء على أصل قول مالك فيه في المشهور عنه ان القول في الأجل قول الغارم قياسا على البيع وفيه خلاف ويتصور أيضا متى يجب هل قبل الدخول أو بعده فمن شبه النكاح بالبيوع قال لا يجب الا بعد الدخول قياسا على البيع اذ لا يجب الثمن على المشتري الا بعد قبض السلعه

ومن رأى أن الصداق عبادة يشترط فى الحلية قال يجب قبل الدخول ولذلك استحب مالك أن يقدم الزوج قبل الدخول شيأ من الصداق ﴿الركن الثالث فى معرفة محل العقد﴾ وكل امرأة فانها تحل فى الشرع بوجهين امابنكاح أو بملك يمين والموانع الشرعية بالجملة تنقسم أولا الى قسمين موانع مؤبدة وموانع غير مؤبدة والموانع المؤبدة تنقسم الى متفق عليها ومختلف فيها فالمتفق عليها ثلاث نسب وصهر ورضاع والمختلف فيها الزنا واللعان والغير مؤبدة تنقسم الى تسعة أحدها مانع العدد والثانى مانع الجمع والثالث مانع الرق والرابع مانع الكفر والخامس مانع الاحرام والسادس مانع المرض والسابع مانع العدة على اختلاف فى عدم تأبيده والثامن مانع التطليق ثلاثا للمطلق والتاسع مانع الزوجية فالموانع الشرعية بالجملة أربعة عشر مانعا ففى هذا الباب أربعة عشر فصلا

﴿ الفصل الأول فى مانع النسب ﴾

واتفقوا على أن النساء اللائى يحرمن من قبل النسب السبع المذكورات فى القرآن الأمهات والبنات والأخوات والعمات والخالات وبنات الأخ وبنات الأخت واتفقوا على أن الأم ههنا اسم لكل أنثى لها عليك ولادة من جهة الام أومن جهة الاب والبنت اسم لكل أنثى لك عليها ولادة من قبل الابن أومن قبل البنت أومباشرة وأما الاخت فهى اسم لكل أنثى شاركتك فى أحد أصليك أوجموعيهما أعنى الأب أوالأم أوكليهما والعمة اسم لكل أنثى هى أخت لأبيك أولكل ذكر له عليك ولادة وأما الخالة فهى اسم لأخت أمك أوأخت كل أنثى لها عليك ولادة وبنات الأخ اسم لكل أنثى لأخيك عليها ولادة من قبل أمها أومن قبل أبيها أومباشرة وبنات الأخت اسم لكل أنثى لأختك عليها ولادة مباشرة أومن قبل أمها أومن قبل أبيها فهؤلاء الأعيان السبع محرمات ولا خلاف أعلمه فى هذه الجملة والأصل فيها قوله تعالى (حرمت عليكم) الى آخر الآية وأجمعوا على أن النسب الذى يحرم الوطء بنكاح يحرم الوطء بملك اليمين

﴿ الفصل الثانى فى المصاهرة ﴾

وأما المحرمات بالمصاهرة فانهن أربع زوجات الآباء والأصل فيه قوله تعالى (ولا تنكحوا ما نكح آباؤكم من النساء) الآية وزوجات الأبناء والأصل فى ذلك أيضا قوله تعالى (وحلائل أبنائكم الذين من أصلابكم) وأمهات النساء أيضا والأصل فى ذلك قوله تعالى (وأمهات نسائكم) وبنات الزوجات والأصل فيه قوله تعالى (وربائبكم اللاتى فى حجوركم من نسائكم اللاتى دخلتم بهن) فهؤلاء الأربع اتفق المسلمون على تحريم اثنين منهن بنفس العقد وهو تحريم زوجات الآباء والأبناء وواحدة بالدخول وهى ابنة الزوجة واختلفوا منها فى موضعين أحدهما هل من شرطها أن تكون فى حجر الزوج والثانية هل تحرم بالمباشرة للام للذة أو بالوطء وأما أم الزوجة فانهم اختلفوا هل تحرم بالوطء أو بالعقد على البنت فقط واختلفوا أيضا من هذا الباب فى مسئلة رابعة وهى هل يوجب الزنا من هذا التحريم ما يوجبه النكاح الصحيح أو النكاح بشبهة فههنا أربع مسائل ﴿المسئلة الأولى﴾ وهى هل من شرط تحريم بنت الزوجة أن تكون فى حجر الزوج أم ليس ذلك من شرطه فان الجمهور على أن ذلك ليس من شرط التحريم وقال داود ذلك من شرطه ومبنى الخلاف هل قوله تعالى (اللاتى فى حجوركم) وصف له تأثير فى الحرمة أو ليس له تأثير وانما خرج مخرج الموجود الأكثر فمن قال خرج مخرج الموجود الأكثر وليس هو شرطا

فى الربائب اذ لا فرق فى ذلك بين التى فى حجره أو التى ليست فى حجره قال تحرم الربيبة باطلاق ومن جعله شرطا غير معقول المعنى قال لا تحرم الا اذا كانت فى حجره ﴿المسئلة الثانية﴾ وأما هل تحرم البنت بمباشرة الأم فقط أو بالوطء فانهم اتفقوا على أن حرمتها بالوطء واختلفوا فيما دون الوطء من اللمس والنظر الى الفرج لشهوة أو لغير شهوة هل ذلك يحرم أم لا فقال مالك والثورى وأبو حنيفة والاوزاعى والليث بن سعد ان اللمس لشهوة يحرم الأم وهو أحد قولى الشافعى وقال داود والمزنى لا يحرمها الا الوطء وهو أحد قولى الشافعى المختار عنده والنظر عند مالك كاللمس اذا كان نظر تلذذ الى أى عضو كان وفيه عنه خلاف. ووافقه أبو حنيفة فى النظر الى الفرج فقط وحمل الثورى النظر محمل اللمس ولم يشترط اللذة وخالفهم فى ذلك ابن أبى ليلى والشافعى فى أحد قوليه فلم يوجب فى النظر شيأ وأوجب فى اللمس ومبنى الخلاف هل المفهوم من اشتراط الدخول فى قوله تعالى (اللاتى دخلتم بهن) الوطء أو التلذذ بما دون الوطء فان كان التلذذ فهل يدخل فيه النظر أم لا ﴿المسئلة الثالثة﴾ وأما الأم فذهب الجمهور من كافة فقهاء الأمصار الى أنها تحرم بالعقد على البنت دخل بها أو لم يدخل وذهب قوم الى أن الأم لا تحرم الا بالدخول على البنت كالحال فى البنت أعنى أنها لا تحرم الا بالدخول على الأم وهو مروى عن علىّ وابن عباس رضى الله عنهما من طرق ضعيفة ومبنى الخلاف هل الشرط فى قوله تعالى (اللاتى دخلتم بهن) يعود الى أقرب مذكور وهم الربائب فقط أو الى الربائب والأمهات المذكورات قبل الربائب فى قوله تعالى (وأمهات نسائكم وربائبكم اللاتى فى حجوركم من نسائكم اللاتى دخلتم بهن) فانه يحتمل أن يكون قوله اللاتى دخلتم بهن يعود على الامهات والبنات ويحتمل أن يعود الى أقرب مذكور وهم البنات ومن الحجة للجمهور ماروى المثنى بن الصباح عن عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده أن النبى عليه الصلاة والسلام قال أيما رجل نكح امرأة فدخل بها أو لم يدخل فلا تحل له أمها ﴿وأما المسئلة الرابعة﴾ فاختلفوا فى الزنا هل يوجب من التحريم فى هؤلاء ما يوجب الوطء فى نكاح صحيح أو بشبهة أعنى الذى يدرأ فيه الحد فقال الشافعى الزنا بالمرأة لا يحرم نكاح أمها ولا ابنتها ولا نكاح أبى الزانى لها ولا ابنه وقال أبو حنيفة والثورى والاوزاعى يحرم الزنا ما يحرم النكاح وأما مالك ففى الموطأ عنه مثل قول الشافعى أنه لا يحرم وروى عنه ابن القاسم مثل قول أبى حنيفة أنه يحرم وقال سحنون أصحاب مالك يخالفون ابن القاسم فيها ويذهبون الى ما فى الموطأ وقد روى عن الليث أن الوطء بشبهة لا يحرم وهو شاذ وسبب الخلاف الاشتراك فى اسم النكاح أعنى فى دلالته على المعنى الشرعى واللغوى فمن راعى الدلالة اللغوية فى قوله تعالى (ولا تنكحوا ما نكح آباؤكم) قال يحرم الزنا ومن راعى الدلالة الشرعية قال لا يحرم الزنا ومن علل هذا الحكم بالحرمة التى بين الأم والبنت وبين الأب والابن قال يحرم الزنا أيضا ومن شبهه بالنسب قال لا يحرم لاجماع الأكثر على أن النسب لا يلحق بالزنا واتفقوا فيما حكى ابن المنذر على أن الوطء بملك اليمين يحرم منه ما يحرم الوطء بالنكاح واختلفوا فى تأثير المباشرة فى ملك اليمين كما اختلفوا فى النكاح

﴿الفصل الثالث فى مانع الرضاع﴾

واتفقوا على أن الرضاع بالجملة يحرم منه ما يحرم من النسب أعنى أن المرضعة تنزل منزلة الأم فتحرم على المرضع هى وكل من يحرم على الابن من قبل أم النسب واختلفوا من ذلك فى مسائل كثيرة القواعد

في مقدار المحرم من اللبن والثانية في سن الرضاع والثالثة في حال المرضع في ذلك الوقت عند من يشترط الرضاع المحرم وقتا خاصا والرابعة هل يعتبر فيه وصوله بضاع والتقام الثدى أولا يعتبر والخامسة هل يعتبر فيه المخالطة أم لا يعتبر والسادسة هل يعتبر فيه الوصول من الحلق أولا يعتبر والسابعة هل ينزل صاحب اللبن أعنى الزوج من المرضع منزلة أب وهو الذى يسمونه لبن الفحل أم ليس ينزل منه بمنزلة أب والثامنة الشهادة على الرضاع والتاسعة صفة المرضعة ﴿المسئلة الاولى﴾ أما مقدار المحرم من اللبن فان قوما قالوا فيه بعدم التحديد وهو مذهب مالك وأصحابه وروى عن على وابن مسعود وهو قول ابن عمر وابن عباس وهؤلاء يحرم عندهم أى قدر كان وبه قال أبو حنيفة وأصحابه والثورى والأوزاعى وقالت طائفة بتحديد القدر المحرم وهؤلاء انقسموا ثلاث فرق فقالت طائفة لا تحرم المصة ولا المصتان وتحرم الثلاث رضعات فما فوقها وبه قال أبو عبيد وأبو ثور وقالت طائفة المحرم خمس رضعات وبه قال الشافعى وقالت طائفة عشر رضعات والسبب فى اختلافهم فى هذه المسئلة معارضة عموم الكتاب للاحاديث الواردة فى التحديد ومعارضة الأحاديث فى ذلك بعضها بعضا فاما عموم الكتاب فقوله تعالى (وأمهاتكم اللاتى أرضعنكم) الآية وهذا يقتضى ما ينطلق عليه اسم الارضاع والاحاديث المتعارضة فى ذلك راجعة الى حديثين فى المعنى أحدهما حديث عائشة وما فى معناه أنه قال عليه السلام لا تحرم المصة ولا المصتان أو الرضعة والرضعتان خرجه مسلم من طريق عائشة ومن طريق أم الفضل ومن طريق ثالث وفيه قال قال رسول الله صلى الله عليه وسلم لا تحرم الاملاجة ولا الاملاجتان والحديث الثانى حديث سهلة فى سالم أنه قال لها النبى صلى الله عليه وسلم أرضعيه خمس رضعات وحديث عائشة فى هذا المعنى أيضا قالت كان فيما نزل من القرآن عشر رضعات معلومات ثم نسخن بخمس معلومات فتوفى رسول الله صلى الله عليه وسلم وهن مما يقرأ من القرآن فمن رجح ظاهر القرآن على هذه الاحاديث قال تحرم المصة والمصتان ومن جعل الاحاديث مفسرة للآية وجمع بينها وبين الآية ورجح مفهوم دليل الخطاب فى قوله عليه السلام لا تحرم المصة ولا المصتان على مفهوم دليل الخطاب فى حديث سالم قال الثلاثة فما فوقها هى التى تحرم وذلك أن دليل الخطاب فى قوله لا تحرم المصة ولا المصتان يقتضى أن ما فوقها يحرم ودليل الخطاب فى قوله أرضعيه خمس رضعات يقتضى أن ما دونها لا يحرم والنظر فى ترجيح أحد دليلى الخطاب ﴿المسئلة الثانية﴾ واتفقوا على أن الرضاع يحرم فى الحولين واختلفوا فى رضاع الكبير فقال مالك وأبو حنيفة والشافعى وكافة الفقهاء لا يحرم رضاع الكبير وذهب داود وأهل الظاهر الى أنه يحرم وهو مذهب عائشة ومذهب الجمهور هو مذهب ابن مسعود وابن عمر وأبى هريرة وابن عباس وسائر أزواج النبى عليه السلام وسبب اختلافهم تعارض الآثار فى ذلك وذلك انه ورد فى ذلك حديثان أحدهما حديث سالم وقد تقدم والثانى حديث عائشة خرجه البخارى ومسلم قالت دخل رسول الله صلى الله عليه وسلم وعندى رجل فاشتد ذلك عليه ورأيت الغضب فى وجهه فقلت يا رسول الله انه أخى من الرضاعة فقال عليه الصلاة والسلام انظرن من اخوانكن من الرضاعة فان الرضاعة من المجاعة فمن ذهب الى ترجيح هذا الحديث قال لا يحرم اللبن الذى لا يقوم للمرضع مقام الغذاء الا أن حديث سالم نازلة فى عين وكان سائر أزواج النبى صلى الله عليه وسلم يرون ذلك رخصة لسالم ومن رجح حديث سالم وعلل

حديث عائشة بانها لم تعمل به قال يحرم رضاع الكبير ﴿ المسئلة الثالثة ﴾ واختلفوا اذا استغنى المولود بالغذاء قبل الحولين وفطم ثم أرضعته امرأة فقال مالك لا يحرم ذلك الرضاع وقال أبو حنيفة والشافعي تثبت الحرمة به وسبب اختلافهم اختلافهم فى مفهوم قوله عليه الصلاة والسلام فانما الرضاعة من المجاعة فانه يحتمل أن يريد بذلك الرضاع الذى يكون فى سن المجاعة كيفما كان الطفل وهو سن الرضاع ويحتمل أن يريد اذا كان الطفل غير مفطوم فان فطم فى بعض الحولين لم يكن رضاعا من المجاعة فالاختلاف آيل الى أن الرضاع الذى سببه المجاعة والافتقار الى اللبن هل يعتبر فيه الافتقار الطبيعى للاطفال وهو الافتقار الذى سببه سن الرضاع أو افتقار المرضع نفسه وهو الذى يرتفع بالفطم ولكنه موجود بالطبع والقائلون بتأثير الارضاع فى مدة الرضاع سواء من اشترط منهم (٣) الفطام أولم يشترطه اختلفوا فى هذه المدة فقال هذه المدة حولان فقط وبه قال زفر واستحسن مالك التحريم فى الزيادة اليسيرة على العامين وفى قول الشهر عنه وفى قول عنه الى ثلاثة أشهر وقال أبو حنيفة حولان وستة شهور وسبب اختلافهم ما يظن من معارضة آية الرضاع لحديث عائشة المتقدم وذلك أن قوله تعالى (والوالدات يرضعن أولادهن حولين كاملين) يوهم أن ما زاد على هذين الحولين ليس هو رضاع مجاعة من اللبن وقوله عليه الصلاة والسلام انما الرضاعة من المجاعة يقتضى عمومه أن مادام الطفل غذاؤه اللبن ان ذلك الرضاع محرم ﴿ المسئلة الرابعة ﴾ وأما هل يحرم الوجور واللدود وبالجملة ما يصل الى الحلق من غير رضاع فان مالكا قال يحرم الوجور واللدود وقال عطاء وداود لا يحرم وسبب اختلافهم هل المعتبر وصول اللبن كيفما وصل الى الجوف أو وصوله على الجهة المعتادة فمن راعى وصوله على الجهة المعتادة وهو الذى ينطلق عليه اسم الرضاع قال لا يحرم الوجور ولا اللدود ومن راعى وصول اللبن الى الجوف كيفما وصل قال يحرم ﴿ المسئلة الخامسة ﴾ وأما هل من شرط اللبن المحرم اذا وصل الى الحلق أن يكون غير مخالط لغيره فانهم اختلفوا فى ذلك أيضا فقال ابن القاسم اذا استهلك اللبن فى ماء أو غيره ثم سقيه الطفل لم تقع الحرمة وبه قال أبو حنيفة وأصحابه وقال الشافعى وابن حبيب ومطرف وابن الماجشون من أصحاب مالك تقع به الحرمة بمنزلة ما لو انفرد اللبن أو كان مختلطا لم تذهب عينه وسبب اختلافهم هل يبقى للبن حكم الحرمة اذا اختلط بغيره أم لا يبقى به حكمها كالحال فى النجاسة اذا خالطت الحلال الطاهر والأصل المعتبر فى ذلك انطلاق اسم اللبن عليه كالماء هل يطهر اذا خالطه شئ طاهر ﴿ المسئلة السادسة ﴾ وأما هل يعتبر فيه الوصول الى الحلق أو لا يعتبر فانه يشبه أن يكون هذا هو سبب اختلافهم فى السعوط باللبن والحقنة به ويشبه أن يكون اختلافهم فى ذلك لموضع الشك هل يصل اللبن من هذه الاعضاء أو لا يصل ﴿ المسئلة السابعة ﴾ وأما هل يصير الرجل الذى له اللبن أعنى زوج المرأة أبا للمرضع حتى يحرم بينهما ومن قبلهما ما يحرم من الآباء والأبناء الذين من النسب وهى التى يسمونها لبن الفحل فانهم اختلفوا فى ذلك فقال مالك وأبو حنيفة والشافعى وأحمد والأوزاعى والثورى لبن الفحل يحرم وقالت طائفة لا يحرم لبن الفحل وبالاول قال على وابن عباس وبالقول الثانى قالت عائشة وابن الزبير وابن عمر وسبب اختلافهم

(٣) قوله الفطام هكذا بالنسخ ولعله عدم الفطام لأنه لم يشترط أحد الفطام فى التحريم بل مالك اشترط عدم الفطام تأمل اهـ مصحح

معارضة ظاهر الكتاب لحديث عائشة المشهور أعنى آية الرضاع وحديث عائشة هو قالت جاء أفلح اخو أبى القعيس يستأذن علىّ بعد أن أنزل الحجاب فأبيت أن آذن له وسألت رسول الله صلى الله عليه وسلم فقال انه عمك فأذنى له فقلت يارسول الله انما أرضعتنى المرأة ولم يرضعنى الرجل فقال انه عمك فليلج عليك خرجه البخارى ومسلم ومالك فمن رأى ان مافى هذا الحديث شرع زائد على مافى الكتاب وهو قوله تعالى (وأمهاتكم اللاتى أرضعنكم وأخواتكم من الرضاعة) وعلى قوله صلى الله عليه وسلم يحرم من الرضاعة مايحرم من الولادة قال لبن الفحل محرم ومن رأى أن آية الرضاع وقوله يحرم من الرضاعة مايحرم من الولادة انما ورد على جهه التأصيل لحكم الرضاع اذ لايجوز تأخير البيان عن وقت الحاجة قال ذلك الحديث ان عمل بمقتضاه أوجب أن يكون ناسخا لهذه الأصول لأن الزياده المغيرة للحكم ناسخة مع أن عائشة لم يكن مذهبها التحريم بلبن الفحل وهى الراوية للحديث و يصعب رد الأصول المنتشرة التى يقصد بها التأصيل والبيان عند وقت الحاجة بالأحاديث النادرة وبخاصة التى تكون فى عين ولذلك قال عمر رضى الله عنه فى حديث فاطمة بنت قيس لا نترك كتاب الله لحديث امرأة ﴿المسئلة الثامنة﴾ وأما الشهادة على الرضاع فان قوما قالوا لاتقبل فيه الا شهادة امرأتين وقوما قالوا لاتقبل فيه الا شهادة أربع وبه قال الشافعى وعطاء وقوم قالوا تقبل فيه شهادة امرأة واحدة والذين قالوا تقبل فيه شهادة امرأتين منهم من اشترط فى ذلك فشو قولهما بذلك قبل الشهادة وهو مذهب مالك وابن القاسم ومنهم من لم يشترطه وهو قول مطرف وابن الماجشون والذين أجازوا أيضا شهادة امرأة واحدة منهم من لم يشترط فشو قولها قبل الشهادة وهو مذهب أبى حنيفة ومنهم من اشترط ذلك وهى رواية عن مالك وقد روى عنه أنه لاتجوز فيه شهادة أقل من اثنين والسبب فى اختلافهم أما بين الأربع والاثنتين فاختلافهم فى شهادة النساء هل عديل كل رجل هو امرأتان فيما ليس يمكن فيه شهادة الرجل أو يكفى فى ذلك امرأتان وستأتى هذه المسئلة فى كتاب الشهادات ان شاء الله تعالى وأما اختلافهم فى قبول شهادة المرأة الواحدة فمخالفة الاثر الوارد فى ذلك للاصل المجمع عليه أعنى انه لايقبل من الرجال أقل من اثنين وأن حال النساء فى ذلك اما أن يكون أضعف من حال الرجال واما أن تكون أحوالهم فى ذلك مساوية للرجال والاجماع منعقد على أنه لايقضى بشهادة واحدة والامر الوارد فى ذلك هو حديث عقبة بن الحارث قال يارسول الله انى تزوجت امرأة فأتت امرأة فقالت قد أرضعتكما فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم كيف وقد قيل دعها عنك وحمل بعضهم هذا الحديث على الندب جمعا بينه و بين الأصول وهو أشبه وهى رواية عن مالك ﴿المسئلة التاسعة﴾ وأما صفة المرضعة فانهم اتفقوا على أنه يحرم لبن كل امرأة بالغ وغير بالغ واليائسة من المحيض كان لها زوج أولم يكن حاملا كانت أوغير حامل وشذ بعضهم فأوجب حرمة للبن الرجل وهذا غير موجود فضلا عن أن يكون له حكم شرعى وان وجد فليس لبنا الا باشتراك الاسم واختلفوا من هذا الباب فى لبن الميتة وسبب الخلاف هل يتناولها العموم أو لا يتناولها ولا لبن للميتة ان وجد لها الا باشتراك الاسم ويكاد أن تكون مسئلة غير واقعة فلا يكون لها وجود الا فى القول

﴿ الفصل الرابع فى مانع الزنا ﴾

واختلفوا فى زواج الزانية فأجازها الجمهور ومنعها قوم وسبب اختلافهم اختلافهم فى مفهوم قوله تعالى

(والزانية لاينكحها الازان أومشرك وحرم ذلك على المؤمنين) هل خرج مخرج الذم أومخرج التحريم وهل الاشارة فى قوله وحرم ذلك على المؤمنين الى الزنا أوالى النكاح وانما صار الجمهور لحمل الآية على الذم لاعلى التحريم لما جاء فى الحديث ان رجلا قال للنبي صلى الله عليه وسلم فى زوجته انها لاترد يد لامس فقال له النبي عليه الصلاة والسلام طلقها فقال له انى أحبها فقال له فامسكها وقال قوم أيضا ان الزنا يفسخ النكاح بناء على هذا الاصل و به قال الحسن وأما زواج الملاعنة من زوجها الملاعن فسنذكرها فى كتاب اللعان

﴿ الفصل الخامس فى مانع العدد ﴾

واتفق المسلمون على جواز نكاح أربعة من النساء معا وذلك للاحرار من الرجال واختلفوا فى موضعين فى العبيد وفيما فوق الاربع أما العبيد فقال مالك فى المشهور عنه يجوز له أن ينكح أربعا و به قال أهل الظاهر وقال أبو حنيفة والشافعى لايجوز له الجمع الا بين اثنتين فقط وسبب اختلافهم هل العبودية لها تأثير فى اسقاط هذا العدد كما لها تأثير فى اسقاط نصف الحد الواجب على الحر فى الزنا وكذلك فى الطلاق عند من رأى ذلك وذلك ان المسلمين اتفقوا على تنصيف حده فى الزنا أعنى ان حده نصف حد الحر واختلفوا فى غير ذلك وأما مافوق الاربع فان الجمهور على انه لاتجوز الخامسة لقوله تعالى (فانكحوا ماطاب لكم من النساء مثنى وثلاث ورباع) ولما روى عنه عليه الصلاة والسلام انه قال لغيلان لما أسلم وتحته عشر نسوة أمسك أربعا وفارق سائرهن وقالت فرقة يجوز تسع ويشبه أن يكون من أجاز التسع ذهب مذهب الجمع فى الآية المذكورة أعنى جمع الاعداد فى قوله تعالى (مثنى وثلاث ورباع)

﴿ الفصل السادس فى مانع الجمع ﴾

واتفقوا على انه لايجمع بين الاختين بعقد نكاح لقوله تعالى (وأن تجمعوا بين الاختين) واختلفوا فى الجمع بينهما بملك اليمين والفقهاء على منعه وذهبت طائفة الى اباحة ذلك وسبب اختلافهم معارضة عموم قوله تعالى (وأن تجمعوا بين الاختين) لعموم الاستثناء فى آخر الآية وهو قوله تعالى (الا ماملكت أيمانكم) وذلك أن هذا الاستثناء يحتمل أن يعود لاقرب مذكور ويحتمل أن يعود لجميع ماتضمنته الآية من التحريم الا ماوقع الاجماع على انه لاتأثير له فيه فيخرج من عموم قوله تعالى (وأن تجمعوا بين الاختين) ملك اليمين ويحتمل أن لايعود الا الى أقرب مذكور فيبقى قوله وأن تجمعوا بين الاختين على عمومه ولاسيما ان عللنا ذلك بعلة الاخوة أو بسبب موجود فيهما واختلف الذين قالوا المنع فى ملك اليمين اذا كانت احداهما بنكاح والاخرى بملك يمين فمنعه مالك وأبو حنيفة وأجازه الشافعى وكذلك اتفقوا فيما أعلم على تحريم الجمع بين المرأة وعمتها وبين المرأة وخالتها لثبوت ذلك عنه عليه الصلاة والسلام من حديث أبى هريرة وتواتره عنه عليه الصلاة والسلام من انه قال عليه الصلاة والسلام لايجمع بين المرأة وعمتها ولا بين المرأة وخالتها واتفقوا على أن العمة ههنا هى كل أنثى هى أخت لذكر له عليك ولادة امابنفسه وامابواسطة ذكر آخر وان الخالة هى كل أنثى هى أخت لكل أنثى لها عليك ولادة امابنفسها وامابتوسط أنثى غيرها وهن الخالات من قبل الام واختلفوا هل هذا من باب الخاص أريد به الخاص أم هو من باب الخاص أريد به العام والذين قالوا هو من باب الخاص أريد به العام اختلفوا أى عام هو المقصود به فقال قوم وهم الأكثر وعليه الجمهور من فقهاء الامصار هو خاص أريد به الخصوص فقط

إن التحريم لا يتعدى الى غير من نص عليه وقال قوم هو خاص والمراد به العموم وهو الجمع بين كل مرأتين بينهما رحم محرمة أوغير محرمة فلا يجوز الجمع عند هؤلاء بين ابنتى عم أو عمة ولا بين ابنتى خال وخالة ولا بين المرأة و بنت عمها أو بنت عمتها ولا بينها و بين بنت خالتها وقال قوم انما يحرم الجمع بين كل مرأتين بينهما قرابة محرمة أعنى لو كان أحدهما ذكرا والآخر أنثى لم يجز لهما أن يتناكحا ومن هؤلاء من اشترط فى هذا المعنى ان يعتبر هذا من الطرفين جميعا أعنى اذا جعل كل واحد منهما ذكرا والآخر أنثى لم يجز لهما أن يتناكحا فهؤلاء لا يحل الجمع بينهما وأما ان جعل فى أحد الطرفين ذكر يحرم التزويج لم يحرم فى الطرف الآخر فان الجمع يجوز كالحال فى الجمع بين امرأة الرجل وابنته من غيرها فانه ان وضعنا لبنت ذكرا لم يحل نكاح المرأة منه لأنها زوج أبيه وان جعلنا المرأة ذكرا حل لها نكاح ابنة الزوج لأنها تكون ابنة لاجنبى وهذا القانون هو الذى اختاره أصحاب مالك وأولئك يمنعون الجمع بين زوج الرجل وابنته من غيرها

﴿ الفصل السابع فى موانع الرق ﴾

واتفقوا على أنه يجوز للعبد ان ينكح الامة وللحرة أن تنكح العبد اذا رضيت بذلك هى وأولياؤها واختلفوا فى نكاح الحر الامة فقال قوم يجوز باطلاق وهو المشهور من مذهب ابن القاسم وقال قوم لا يجوز الا بشرطين عدم الطول وخوف العنت وهو المشهور من مذهب مالك وهو مذهب أبى حنيفة والشافعى والسبب فى اختلافهم معارضة دليل الخطاب فى قوله تعالى (ومن لم يستطع منكم طولا أن ينكح) الآية لعموم قوله (وأنكحوا الايامى منكم والصالحين) الآية وذلك ان مفهوم دليل الخطاب فى قوله تعالى (ومن لم يستطع منكم طولا) الآية يقتضى أنه لا يحل نكاح الامة الا بشرطين أحدهما عدم الطول الى الحرة والثانى خوف العنت وقوله تعالى (وأنكحوا الأيامى منكم) يقتضى بعمومه انكاحهن من حر أو عبد واجدا كان الحر أو غير واجد خائفا للعنت أو غير خائف لكن دليل الخطاب أقوى ههنا والله أعلم من العموم لأن هذا العموم لم يتعرض فيه الى صفات الزوج المشترطة فى نكاح الاماء وانما المقصود به الأمر بانكاحهن وألا يجبرن على النكاح وهو أيضا محمول على الندب عند الجمهور مع ما فى ذلك من ارقاق الرجل ولده واختلفوا من هذا الباب فى فرعين مشهورين أعنى الذين لم يجيزوا النكاح الا بالشرطين المنصوص عليهما أحدهما اذا كانت تحته حرة هل هى طول أو ليست بطول فقال أبو حنيفة هى طول وقال غيره ليست بطول وعن مالك فى ذلك القولان والمسئلة الثانية هل يجوز لمن وجد فيه هذان الشرطان نكاح أكثر من أمة واحدة ثلاثا أو أربع أو ثنتان فمن قال اذا كانت تحته حرة فليس يخاف العنت لأنه غير عزب قال اذا كانت تحته حرة لم يجز له نكاح الامة ومن قال خوف العنت انما يعتبر باطلاق سواء كان عزبا أو متأهلا لأنه قد لا تكون الزوجة الاولى مانعة من العنت وهو لا يقدر على حرة تمنعه من العنت فله أن ينكح أمة لأن حاله مع هذه الحرة فى خوف العنت كحاله قبلها وبخاصة اذا خشى العنت من الامة التى يريد نكاحها وهذا بعينه هو السبب فى اختلافهم هل ينكح أمة ثانية على الامة الاولى أولا ينكحها وذلك ان من اعتبر خوف العنت مع كونه عزبا اذ كان الخوف على العزب أكثر قال لا ينكح أكثر من أمة واحدة ومن اعتبره مطلقا قال ينكح أكثر من أمة واحدة وكذلك يقول انه ينكح على الحرة واعتباره مطلقا فيه نظر واذا قلنا ان له

أن يتزوج على الحرة أمة فتزوجها بغير اذنها فهل لها الخيار فى البقاء معه أو فى فسخ النكاح اختلف فى ذلك قول مالك واختلفوا اذا وجد طولا بحرة هل يفارق الامة أم لا ولم يختلفوا انه اذا ارتفع عنه خوف العنت أنه لا يفارقها أعنى أصحاب مالك واتفقوا من هذا الباب على أنه لا يجوز أن تنكح المرأة من ملكته وانها اذا ملكت زوجها انفسخ النكاح

﴿ الفصل الثامن فى مانع الكفر ﴾

واتفقوا على أنه لا يجوز للمسلم أن ينكح الوثنية لقوله تعالى (ولا تمسكوا بعصم الكوافر) واختلفوا فى نكاحها بالملك واتفقوا على أنه يجوز أن ينكح الكتابية الحرة الا ماروى فى ذلك عن ابن عمر واختلفوا فى احلال الكتابيـة الامة بالنكاح واتفقوا على احلالها بملك اليمين والسبب فى اختلافهم فى نكاح الوثنيات بملك اليمين معارضة عموم قوله تعالى (ولا تمسكوا بعصم الكوافر) وعموم قوله تعالى (ولا تنكحوا المشركات حتى يؤمن) لعموم قوله (والمحصنات من النساء الا ماملكت أيمانكم) وهن المسبيات وظاهر هذا يقتضى العموم سواء كانت مشركة أو كتابيـة والجمهور على منعها و بالجواز قال طاوس ومجاهد ومن الحجة لهم ماروى من نكاح المسبيات فى غزوة أوطاس اذ استأذنوه فى العزل فأذن لهم وانما صار الجمهور لجواز نكاح الكتابيات الاحرار بالعقد لأن الأصل بناء الخصوص على العموم أعنى ان قوله تعالى (والمحصنات من الذين أوتوا الكتاب) هو خصوص وقوله (ولا تنكحوا المشركات حتى يؤمن) هو عموم فاستثنى الجمهور الخصوص من العموم ومن ذهب الى تحريم ذلك جعل العام ناسخا للخاص وهو مذهب بعض الفقهاء وانما اختلفوا فى احلال الامة الكتابية بالنكاح لمعارضة العموم فى ذلك القياس وذلك ان قياسها على الحرة يقتضى اباحة تزويجها و باقى العموم اذا استثنى منه الحرة يعارض ذلك لأنه يوجب تحريمها على قول من يرى أن العموم اذا خصص بقى الباقى على عمومه فمن خصص العموم الباقى بالقياس أو لم ير الباقى من العموم المخصص عموما قال يجوز نكاح الامة الكتابية ومن رجح باقى العموم بعد التخصيص على القياس قال لا يجوز نكاح الامة الكتابية وهنا أيضا سبب آخر لاختلافهم وهو معارضة دليل الخطاب للقياس وذلك ان قوله تعالى (من فتياتكم المؤمنات) يوجب أن لا يجوز نكاح الامة الغير مؤمنة بدليل الخطاب وقياسها على الحرة يوجب ذلك والقياس[7] من كل جنس يجوز فيه النكاح بالتزويج و يجوز فيه النكاح بملك اليمين أصله المسلمات والطائفة الثانية أنه ثم لم يجز نكاح الامة المسلمة بالتزويج الا بشرط فأحرى ان لا يجوز نكاح الامة الكتابية بالتزويج وانما اتفقوا على احلالها بملك اليمين لعموم قوله تعالى (الا ماملكت أيمانكم) ولاجماعهم على أن السبى يحل المسبية الغير متزوجة وانما اختلفوا فى المتزوجة هل يهدم السبى نكاحها وان هدم فتى يهدم فقال قوم ان سبيا معا أعنى الزوج والزوجة لم يفسخ نكاحهما وان سبى أحدهما قبل الآخر انفسخ النكاح و به قال أبو حنيفة وقال قوم بل السبى يهدم سبيا معا أو سبى أحدهما قبل الآخر و به قال الشافعى وعن مالك قولان أحدهما أن السبى لا يهدم النكاح أصلا والثانى انه يهدم باطلاق مثل قول الشافعى والسبب فى اختلافهم هل يهدم

---

(٧) قوله والقياس الى قوله وانما اتفقوا هو زائد ببعض النسخ الخطية والمصرية وفيه خفاء فليتأمل فى معناه اهـ مصححه

أولا يهدم هو تردد المسترقين الذين أمنوا من القتل بين نساء الذميين أهل العهد و بين الكافرة التى لازوج لها أو المستأجرة من كافر وأما تفريق أبى حنيفة بين ان يسبيا معا و بين ان يسبى أحدهما فلان المؤثر عنده فى الاحلال هو اختلاف الدار بهما لا الرق والمؤثر فى الاحلال عند غيره هو الرق وانما النظر هل هو الرق مع الزوجية أو مع عدم الزوجية والاشبه أن لا يكون للزوجية ههنا حرمة لأن محل الرق وهو الكفر هو سبب الاحلال وأما تشبيهها بالذمية فبعيد لأن الذمى انما أعطى الجزية بشرط أن يقر على دينه فضلا عن نكاحه

﴿ الفصل التاسع فى مانع الاحرام ﴾

واختلفوا فى نكاح المحرم فقال مالك والشافعى والليث والاوزاعى وأحمد لا ينكح المحرم ولا ينكح فان فعل فالنكاح باطل وهو قول عمر بن الخطاب وعلى وابن عمر وزيد بن ثابت وقال أبو حنيفة لا بأس بذلك وسبب اختلافهم تعارض النقل فى هذا الباب فمنها حديث ابن عباس أن رسول الله صلى الله عليه وسلم نكح ميمونة وهو محرم وهو حديث ثابت النقل خرجه أهل الصحيح وعارضه أحاديث كثيرة عن ميمونة أن رسول الله صلى الله عليه وسلم تزوجها وهو حلال قال أبو عمر رويت عنها من طرق شتى من طريق أبى رافع ومن طريق سليمان بن يسار وهو مولاها وعن يزيد بن الاصم وروى مالك أيضا من حديث عثمان بن عفان مع هذا انه قال قال رسول الله صلى الله عليه وسلم لا ينكح المحرم ولا ينكح ولا يخطب فمن رجح هذه الاحاديث على حديث ابن عباس قال لا ينكح المحرم ولا ينكح ومن رجح حديث ابن عباس أوجمع بينه و بين حديث عثمان بن عفان بأن حمل النهى الوارد فى ذلك على الكراهية قال ينكح و ينكح وهذا راجع الى تعارض الفعل والقول والوجه الجمع أو تغليب القول

﴿ الفصل العاشر فى مانع المرض ﴾

واختلفوا فى نكاح المريض فقال أبو حنيفة والشافعى يجوز وقال مالك فى المشهور عنه أنه لا يجوز ويتخرج ذلك من قوله انه يفرق بينهما وان صح و يتخرج من قوله أيضا انه لا يفرق بينهما ان التفريق مستحب غير واجب وسبب اختلافهم تردد النكاح بين البيع و بين الهبة وذلك أنه لا تجوز هبة المريض الا من الثلث و يجوز بيعه ولاختلافهم أيضا سبب آخر وهو هل يتهم على اضرار الورثة بادخال وارث زائد أو لا يتهم وقياس النكاح على الهبة غير صحيح لأنهم اتفقوا على أن الهبة تجوز اذا حملها الثلث ولم يعتبروا النكاح هنا بالثلث ورد جواز النكاح بادخال وارث قياس مصلحى لا يجوز عند أكثر الفقهاء وكونه يوجب مصالح لم يعتبرها الشرع الا فى جنس بعيد من الجنس الذى يرام فيه اثبات الحكم بالمصلحة حتى ان قوما رأوا ان القول بهذا القول شرع زائد واعمال هذا القياس يوهن ما فى الشرع من التوقيف وانه لا تجوز الزيادة فيه كما لا يجوز النقصان والتوقف أيضا عن اعتبار المصالح تطرق للناس أن يتسرعوا لعدم السنن التى فى ذلك الجنس الى الظلم فلنفوض أمثال هذه المصالح الى العلماء بحكمة الشرائع الفضلاء الذين لا يتهمون بالحكم بها وبخاصة اذا فهم من أهل ذلك الزمان ان فى الاشتغال بظواهر الشرائع تطرقا الى الظلم ووجه عمل الفاضل العالم فى ذلك ان ينظر الى شواهد الحال فان دلت الدلائل على انه قصد بالنكاح خيرا لا يمنع النكاح وان دلت على أنه قصد الاضرار بورثته منعه من ذلك كما فى أشياء كثيرة من الصنائع يعرض فيها للصناع الشئ وضده مما اكتسبوا من قوة مهنتهم اذ لا يمكن أن يحد فى ذلك حد مؤقت صناعى

وهذا كثيرا مّا يعرض فى صناعة الطب وغيرها من الصنائع المختلفة

﴿ الفصل الحادى عشر فى مانع العدة ﴾

واتفقوا على ان النكاح لا يجوز فى العدة كانت عدة حيض أو عدة حمل أو عدة أشهر واختلفوا فيمن تزوّج امرأة فى عدتها ودخل بها فقال مالك والاوزاعى والليث يفرق بينهما ولا تحل له أبدا وقال أبو حنيفة والشافعى والثورى يفرق بينهما واذا انقضت العدة بينهما فلا بأس فى تزويجه اياها مرة ثانية وسبب اختلافهم هل قول الصاحب حجة أم ليس بحجة وذلك أن مالكا روى عن بن شهاب عن سعيد بن المسيب وسليمان بن يسار أن عمر بن الخطاب فرق بين طليحة الاسدية و بين زوجها راشد الثقفى لما تزوّجها فى العدة من زوج ثان وقال أيما امرأة نكحت فى عدتها فان كان زوجها الذى تزوّجها لم يدخل بها فرق بينهما ثم اعتدت بقية عدتها من الأوّل ثم كان الآخر خاطبا من الخطاب وان كان دخل بها فرق بينهما ثم اعتدت بقية عدتها من الأوّل ثم اعتدت من الآخر ثم لا يجتمعان أبدا قال سعيد ولها مهرها بما استحل منها وربما عضدوا هذا القياس بقياس شبه ضعيف مختلف فى أصله وهو أنه أدخل فى النسب شبهة فأشبه الملاعن وروى عن علىّ وابن مسعود مخالفة عمر فى هذا والأصل أنها لا تحرم الا أن يقوم على ذلك دليل من كتاب أو سنة أو اجماع من الأمة وفى بعض الروايات أن عمر كان قضى بتحريمها وكون المهر فى بيت المال فلما بلغ ذلك عليا أنكره فرجع عن ذلك عمر وجعل الصداق على الزوج ولم يقض بتحريمها عليه رواه الثورى عن أشعث عن الشعبى عن مسروق وأما من قال بتحريمها بالعقد فهو ضعيف وأجمعوا على أنه لا توطأ حامل مسبية حتى تضع لتواتر الأخبار بذلك عن رسول الله صلى الله عليه وسلم واختلفوا ان وطئ هل يعتق عليه الولد أو لا يعتق والجمهور على أنه لا يعتق وسبب اختلافهم هل ماؤه مؤثر فى خلقته أو غير مؤثر فان قلنا انه مؤثر كان له ابنا بجهة مّا وان قلنا انه ليس بمؤثر لم يكن ذلك وروى عن النبى عليه الصلاة والسلام أنه قال كيف يستعبده وقد غذاه فى سمعه و بصره وأما النظر فى مانع التطليق ثلاثا فسيأتى فى كتاب الطلاق

﴿ الفصل الثانى عشر فى مانع الزوجية ﴾

وأما مانع الزوجية فانهم اتفقوا على أن الزوجية بين المسلمين مانعة و بين الذميين واختلفوا فى المسبية على ما تقدم واختلفوا أيضا فى الأمة اذا بيعت هل يكون بيعها طلاقا فالجمهور على أنه ليس بطلاق وقال قوم هو طلاق وهو مروى عن ابن عباس وجابر وابن مسعود وأبىّ بن كعب وسبب اختلافهم معارضة مفهوم حديث بريرة لعموم قوله تعالى (الا ما ملكت أيمانكم) وذلك أن قوله تعالى (الا ما ملكت أيمانكم) يقتضى المسبيات وغيرهنّ وتخيير بريرة يوجب أن لا يكون بيعها طلاقا لانه لو كان بيعها طلاقا لما خيرها رسول الله صلى الله عليه وسلم بعد العتق ولكان نفس شراء عائشة لها طلاقا من زوجها والحجة للجمهور ما خرجه ابن أبى شيبة عن أبى سعيد الخدرى أن رسول الله صلى الله عليه وسلم بعث يوم حنين سرية فأصابوا حيا من العرب يوم أوطاس فهزموهم وقتلوهم وأصابوا لهم نساء لهنّ أزواج وكان ناس من أصحاب رسول الله صلى الله عليه وسلم تأثموا من غشيانهنّ من أجل أزواجهنّ فأنزل الله عز وجل (والمحصنات من النساء الا ما ملكت أيمانكم) وهذه المسئلة هى أليق بكتاب الطلاق فهذه هى جملة

الأشياء المصححة للانكحة فى الاسلام وهى كما قلنا راجعة الى ثلاثة أجناس صفة العاقد والمعقود عليها وصفة العقد وصفة الشروط فى العقد وأما الأنكحة التى انعقدت قبل الاسلام ثم طرأ عليها الاسلام فانهم اتفقوا على أن الاسلام اذا كان منهما معا أعنى من الزوج والزوجة وقد كان انعقد النكاح على من يصح ابتداء العقد عليها فى الاسلام ان الاسلام يصحح ذلك واختلفوا فى موضعين أحدهما اذا انعقد النكاح على أكثر من أربع أو على من لا يجوز الجمع بينهما فى الاسلام والموضع الثانى اذا أسلم أحدهما قبل الآخر ﴿فأما المسئلة الأولى﴾ وهى اذا أسلم الكافر وعنده أكثر من أربع نسوة أو أسلم وعنده أختان فان مالكا قال يختار منهن أربعا ومن الأختين واحدة أيتهما شاء وبه قال الشافعى وأحمد وداود وقال أبو حنيفة والثورى وابن أبى ليلى يختار الأوائل منهن فى العقد فان تزوجهن فى عقد واحد فرق بينه وبينهن وقال ابن الماجشون من أصحاب مالك اذا أسلم وعنده أختان فارقهما جميعا ثم استأنف نكاح أيتهما شاء ولم يقل بذلك أحد من أصحاب مالك غيره وسبب اختلافهم معارضة القياس للاثر وذلك أنه ورد فى ذلك أثران أحدهما مرسل مالك أن غيلان بن سلامة الثقفى أسلم وعنده عشر نسوة أسلمن معه فأمره رسول الله صلى الله عليه وسلم أن يختار منهن أربعا والحديث الثانى حديث قيس بن الحارث انه أسلم على الأختين فقال له رسول الله صلى الله عليه وسلم اختر أيتهما شئت وأما القياس المخالف لهذا الأثر فتشبيه العقد على الأواخر قبل الاسلام بالعقد عليهن بعد الاسلام أعنى انه كما أن العقد عليهن فاسد فى الاسلام كذلك قبل الاسلام وفيه ضعف وأما اذا أسلم أحدهما قبل الآخر وهى المسئلة الثانية ثم أسلم الآخر فانهم اختلفوا فى ذلك فقال مالك وأبو حنيفة والشافعى انه اذا أسلمت المرأة قبله فانه ان أسلم فى عدتها كان أحق بها وان أسلم هو وهى كتابية فنكاحها ثابت لما ورد فى ذلك من حديث صفوان بن أمية وذلك ان زوجه عاتكة ابنة الوليد بن المغيرة أسلمت قبله ثم أسلم هو فاقره رسول الله صلى الله عليه وسلم على نكاحه قالوا وكان بين اسلام صفوان وبين اسلام امرأته نحو من شهر قال ابن شهاب ولم يبلغنا أن امرأة هاجرت الى رسول الله صلى الله عليه وسلم وزوجها كافر مقيم بدار الكفر الا فرقت هجرتها بينها وبين زوجها الا أن يقدم زوجها مهاجرا قبل أن تنقضى عدتها وأما اذا أسلم الزوج قبل اسلام المرأة فانهم اختلفوا فى ذلك فقال مالك اذا أسلم الزوج قبل المرأة وقعت الفرقة اذا عرض عليها الاسلام فأبت وقال الشافعى سواء أسلم الرجل قبل المرأة أو المرأة قبل الرجل اذا وقع اسلام المتأخر فى العدة ثبت النكاح وسبب اختلافهم معارضة العموم للاثر والقياس وذلك أن عموم قوله تعالى (ولا تمسكوا بعصم الكوافر) يقتضى المفارقة على الفور وأما الأثر المعارض لمقتضى هذا العموم فما روى من أن أبا سفيان بن حرب أسلم قبل هند بنت عتبة امرأته وكان اسلامه بمر الظهران ثم رجع الى مكة وهند بها كافرة فأخذت بلحيته وقالت اقتلوا الشيخ الضال ثم أسلمت بعده بأيام فاستقرا على نكاحهما وأما القياس المعارض للاثر فلانه يظهر أنه لا فرق بين أن تسلم هى قبله أو هو قبلها فان كانت العدة معتبرة فى اسلامها قبل فقد يجب أن تعتبر فى اسلامه أيضا قبل

﴿الباب الثالث فى موجبات الخيار فى النكاح﴾

وموجبات الخيار أربعة العيوب والاعسار بالصداق أو بالنفقة والكسوة والثالث الفقد أعنى فقد

الزوج والرابع العتق للامة المزوجة فينعقد فى هذا الباب أربعة فصول

﴿ الفصل الأول فى خيار العيوب ﴾

اختلف العلماء فى موجب الخيار بالعيوب لكل واحد من الزوجين وذلك فى موضعين أحدهما هل يرد بالعيوب أو لا يرد والموضع الثانى اذا قلنا انه يرد فمن أيها يرد وما حكم ذلك فأما الموضع الأول فان مالكا والشافعى وأصحابهما قالوا العيوب توجب الخيار فى الرد أو الامساك وقال أهل الظاهر لا توجب خيار الرد والامساك وهو قول عمر بن عبد العزيز وسبب اختلافهم شيآن أحدهما هل قول الصاحب حجة والآخر قياس النكاح فى ذلك على البيع فاما قول الصاحب الوارد فى ذلك فهو ما روى عن عمر بن الخطاب أنه قال أيما رجل تزوج امرأة وبها جنون أو جذام أو برص وفى بعض الروايات أو قرن فلها صداقها كاملا وذلك غرم لزوجها على وليها وأما القياس على البيع فان القائلين بموجب الخيار للعيب فى النكاح قالوا النكاح فى ذلك شبيه بالبيع وقال المخالفون لهم ليس شبيها بالبيع لاجماع المسلمين على أنه لا يرد النكاح بكل عيب يرد به البيع وأما الموضع الثانى فى الرد بالعيوب فانهم اختلفوا فى أى العيوب يرد بها وفى أيها لا يرد وفى حكم الرد فاتفق مالك والشافعى على أن الرد يكون من أربعة عيوب الجنون والجذام والبرص وداء الفرج الذى يمنع الوطء اما قرن أو رتق فى المرأة أو عنة فى الرجل أو خصاء واختلف أصحاب مالك فى أربع فى السواد والقرع وبخر الفرج وبخر الانف فقيل تردبها وقيل لا ترد وقال أبو حنيفة وأصحابه والثورى لا ترد المرأة فى النكاح الا بعيبين فقط القرن والرتق فأما أحكام الرد فان القائلين بالرد اتفقوا على أن الزوج اذا علم بالعيب قبل الدخول طلق ولا شئ عليه واختلفوا ان علم بعد الدخول والمسيس فقال مالك ان كان وليها الذى زوجها ممن يظن به لقربه منها انه عالم بالعيب مثل الاب والاخ فهو غار يرجع عليه الزوج بالصداق وليس يرجع على المرأة بشئ وان كان بعيدا رجع الزوج على المرأة بالصداق كله الا ربع دينار فقط وقال الشافعى ان دخل لزمه الصداق كله بالمسيس ولا رجوع له عليها ولا على ولى وسبب اختلافهم تردد تشبيه النكاح بالبيع أو بالنكاح الفاسد الذى وقع فيه المسيس أعنى اتفاقهم على وجوب المهر فى الانكحة الفاسدة بنفس المسيس لقوله عليه الصلاة والسلام أيما امرأة نكحت بغير اذن سيدها فنكاحها باطل ولها المهر بما استحل منها فكان موضع الخلاف تردد هذا الفسخ بين حكم الرد بالعيب فى البيوع وبين حكم الانكحة المفسوخة أعنى بعد الدخول واتفق الذين قالوا بفسخ نكاح العنين انه لا يفسخ حتى يؤجل سنة يخلى بينه وبينها بغير عائق واختلف أصحاب مالك فى العلة التى من أجلها قصر الرد على هذه العيوب الأربعة فقيل لأن ذلك شرع غير معلل وقيل لأن ذلك مما يخفى ومحمل سائر العيوب على أنها مما لا تخفى وقيل لأنها يخاف سرايتها الى الأبناء وعلى هذا التعليل يرد بالسواد والقرع وعلى الأول يرد بكل عيب اذا علم انه مما خفى على الزوج

﴿ الفصل الثانى فى خيار الاعسار بالصداق والنفقة ﴾

واختلفوا فى الاعسار بالصداق فكان الشافعى يقول تخير اذا لم يدخل بها وبه قال مالك واختلف أصحابه فى قدر التلوم له فقيل ليس له فى ذلك حد وقيل سنة وقيل سنتين وقال أبو حنيفة هى غريم من الغرماء لا يفرق بينهما و تؤخذ بالنفقة ولها أن تمنع نفسها حتى يعطيها المهر وسبب اختلافهم تغليب شبه النكاح

فى ذلك بالبيع أو تغليب الضرر اللاحق للمرأة فى ذلك من عدم الوطء تشبيها بالايلاء والعنة وأما الاعسار بالنفقة فقال مالك والشافعى وأحمد وأبو ثور وأبو عبيد وجماعة يفرق بينهما وهو مروى عن أبى هريرة وسعيد بن المسيب وقال أبو حنيفة والثورى لا يفرق بينهما وبه قال أهل الظاهر وسبب اختلافهم تشبيه الضرر الواقع من ذلك بالضرر الواقع من العنة لأن الجمهور على القول بالتطليق على العنين حتى لقد قال ابن المنذر انه اجماع وربما قالوا النفقة فى مقابلة الاستمتاع بدليل أن الناشز لا نفقة لها عند الجمهور فاذا لم يجد النفقة سقط الاستمتاع فوجب الخيار وأما من لا يرى القياس فانهم قالوا قد ثبتت العصمة بالاجماع فلا تنحل الا باجماع أو بدليل من كتاب الله أو سنة فسبب اختلافهم معارضة استصحاب الحال للقياس

﴿ الفصل الثالث فى خيار الفقد ﴾

واختلفوا فى المفقود الذى تجهل حياته أو موته فى أرض الاسلام فقال مالك يضرب لامرأته أجل أربع سنين من يوم ترفع أمرها الى الحاكم فاذا انتهى الكشف عن حياته أو موته فجهل ذلك ضرب لها الحاكم الأجل فاذا انتهى اعتدت عدة الوفاة أربعة أشهر وعشرا وحلت قال وأما ماله فلا يورث حتى يأتى عليه من الزمان ما يعلم أن المفقود لا يعيش الى مثله غالبا فقيل سبعون وقيل ثمانون وقيل تسعون وقيل مائة فيمن غاب وهو دون هذه الأسنان وروى هذا القول عن عمر بن الخطاب وهو مروى أيضا عن عثمان وبه قال الليث وقال الشافعى وأبو حنيفة والثورى لا تحل امرأة المفقود حتى يصح موته وقولهم مروى عن على وابن مسعود والسبب فى اختلافهم معارضة استصحاب الحال للقياس وذلك أن استصحاب الحال يوجب أن لا تنحل عصمة الا بموت أو طلاق حتى يدل الدليل على غير ذلك وأما القياس فهو تشبيه الضرر اللاحق لها من غيبته بالايلاء والعنة فيكون لها الخيار كما يكون فى هذين والمفقودون عند المحصلين من أصحاب مالك أربعة مفقود فى أرض الاسلام وقع الخلاف فيه ومفقود فى أرض الحرب ومفقود فى حروب الاسلام أعنى فيما بينهم ومفقود فى حروب الكفار والخلاف عن مالك وعن أصحابه فى الثلاثة الأصناف من المفقودين كثير فأما المفقود فى بلاد الحرب فحكمه عندهم حكم الأسير لا تتزوج امرأته ولا يقسم ماله حتى يصح موته ما خلا أشهب فانه حكم له بحكم المفقود فى أرض المسلمين وأما المفقود فى حروب المسلمين فقال ان حكمه حكم المقتول دون تلوم وقيل يتلوم له بحسب بعد الموضع الذى كانت فيه المعركة وقربه وأقصى الأجل فى ذلك سنة وأما المفقود فى حروب الكفار ففيه فى المذهب أربعة أقوال قيل حكمه حكم الأسير وقيل حكمه حكم المقتول بعد تلوم سنة الا أن يكون بموضع لا يخفى أمره فيحكم له بحكم المفقود فى حروب المسلمين وفتنهم والقول الثالث ان حكمه حكم المفقود فى بلاد المسلمين والرابع حكمه حكم المقتول فى زوجته وحكم المفقود فى أرض المسلمين فى ماله أعنى يعمر وحينئذ يورث وهذه الأقاويل كلها مبناها على تجويز النظر بحسب الأصلح فى الشرع وهو الذى يعرف بالقياس المرسل وبين العلماء فيه اختلاف أعنى بين القائلين بالقياس

﴿ الفصل الرابع فى خيار العتق ﴾

واتفقوا على أن الأمة اذا اعتقت تحت عبد أن لها الخيار واختلفوا اذا عتقت تحت الحر هل لها خيار أم لا فقال مالك والشافعى وأهل المدينة والأوزاعى وأحمد والليث لا خيار لها وقال أبو حنيفة والثورى لها

الخيار حرا كان أو عبدا وسبب اختلافهم تعارض النقل فى حديث بريرة واحتمال العلة الموجبة للخيار أن يكون الجبر الذى كان فى انكاحها باطلاق اذا كانت أمة أو الجبر على تزويجها من عبد فمن قال العلة الجبر على النكاح باطلاق قال تخير تحت الحر والعبد ومن قال الجبر على تزويج العبد فقط قال تخير تحت العبد فقط وأما اختلاف النقل فانه روى عن ابن عباس أن زوج بريرة كان عبدا أسود وروى عن عائشة أن زوجها كان حرا وكلا النقلين ثابت عند أصحاب الحديث واختلفوا أيضا فى الوقت الذى يكون لها الخيار فيه فقال مالك والشافعى يكون لها الخيار مالم يمسها وقال أبو حنيفة خيارها على المجلس وقال الاوزاعى انما يسقط خيارها بالمسيس اذا علمت أن المسيس يسقط خيارها

﴿ الباب الرابع فى حقوق الزوجية ﴾

واتفقوا على أن من حقوق الزوجة على الزوج النفقة والكسوة لقوله تعالى (وعلى المولود له رزقهن وكسوتهن بالمعروف) الآية ولما ثبت من قوله عليه الصلاة والسلام ولهن عليكم رزقهن وكسوتهن بالمعروف ولقوله لهند خذى ما يكفيك وولدك بالمعروف فأما النفقة فاتفقوا على وجوبها واختلفوا فى أربعة مواضع فى وقت وجوبها ومقدارها ولمن تجب وعلى من تجب فأما وقت وجوبها فان مالكا قال لا تجب النفقة على الزوج حتى يدخل بها أو يدعى الى الدخول بها وهى ممن توطأ وهو بالغ وقال أبو حنيفة والشافعى يلزم غير البالغ النفقة اذا كانت هى بالغا وأما اذا كان هو بالغا والزوجة صغيرة فللشافعى قولان أحدهما مثل قول مالك والقول الثانى ان لها النفقة باطلاق وسبب اختلافهم هل النفقة لمكان الاستمتاع أو لمكان أنها محبوسة على الزوج كالغائب والمريض وأما مقدار النفقة فذهب مالك الى أنها غير مقدرة بالشرع وأن ذلك راجع الى ما يقتضيه حال الزوج وحال الزوجة وأن ذلك يختلف بحسب اختلاف الامكنة والازمنة والاحوال وبه قال أبو حنيفة وذهب الشافعى الى أنها مقدرة فعلى الموسر مدّان وعلى الاوسط مدّ ونصف وعلى المعسر مدّ وسبب اختلافهم تردد حمل النفقة فى هذا الباب على الاطعام فى الكفارة أو على الكسوة وذلك أنهم اتفقوا أن الكسوة غير محدودة وأن الاطعام محدود واختلفوا من هذا الباب فى هل يجب على الزوج نفقة خادم الزوجة وان وجبت فكم يجب والجمهور على أن على الزوج النفقة على خادم الزوجة اذا كانت ممن لا تخدم نفسها وقيل بل على الزوجة خدمة البيت واختلف الذين أوجبوا النفقة على خادم الزوجة على كم تجب نفقته فقالت طائفة ينفق على خادم واحدة وقيل على خادمين اذا كانت المرأة ممن لا يخدمها الا خادمان وبه قال مالك وأبو ثور ولست أعرف دليلا شرعيا لايجاب النفقة على الخادم الا تشبيه الاخدام بالاسكان فانهم اتفقوا على أن الاسكان على الزوج للنص الوارد فى وجوبه للمطلقة الرجعية وأما لمن تجب النفقة فانهم اتفقوا على أنها تجب للحرة الغير ناشز واختلفوا فى الناشز والأمة فأما الناشز فالجمهور على أنها لا تجب لها نفقة وشذ قوم فقالوا تجب لها النفقة وسبب الخلاف معارضة العموم للمفهوم وذلك أن عموم قوله عليه الصلاة والسلام ولهن عليكم رزقهن وكسوتهن بالمعروف يقتضى أن الناشز وغير الناشز فى ذلك سواء والمفهوم من أن النفقة هى فى مقابلة الاستمتاع يوجب أن لا نفقة للناشز وأما الأمة فاختلف فيها أصحاب مالك اختلافا كثيرا فقيل لها النفقة

كالحرة وهو المشهور وقيل لا نفقة لها وقيل أيضا ان كانت تأتيه فلها النفقة وان كان يأتيها فلا نفقة لها وقيل لها النفقة فى الوقت الذى تأتيه وقيل ان كان الزوج حرا فعليه النفقة وان كان عبدا فلا نفقة عليه وسبب اختلافهم معارضة العموم للقياس وذلك أن العموم يقتضى لها وجوب النفقة والقياس يقتضى أن لا نفقة لها الا على سيدها الذى يستخدمها أو تكون النفقة بينهما لان كل واحد منهما ينتفع بها ضربا من الانتفاع ولذلك قال قوم عليه النفقة فى اليوم الذى تأتيه وقال ابن حبيب يحكم على مولى الامة المزوّجة أن تأتى زوجها فى كل أربعة أيام وأما على من تجب فاتفقوا أيضا أنها تجب على الزوج الحر الحاضر واختلفوا فى العبد والغائب فأما العبد فقال ابن المنذر أجمع كل من يحفظ عنه من أهل العلم ان على العبد نفقة زوجته وقال أبو المصعب من أصحاب مالك لا نفقة عليه وسبب الخلاف معارضة العموم لكون العبد محجورا عليه فى ماله وأما الغائب فالجمهور على وجوب النفقة عليه وقال أبو حنيفة لا تجب الا بايجاب السلطان وانما اختلفوا فيمن القول قوله اذا اختلفوا فى الانفاق وسيأتى ذلك فى كتاب الاحكام ان شاء الله وكذلك اتفقوا على أن من حقوق الزوجات العدل بينهن فى القسم لما ثبت من قسمه صلى الله عليه وسلم بين أزواجه ولقوله عليه الصلاة والسلام اذا كانت للرجل امرأتان فمال الى احداهما جاء يوم القيامة وأحد شقيه مائل ولما ثبت أنه عليه الصلاة والسلام كان اذا أراد السفر أقرع بينهن واختلفوا فى مقام الزوج عند البكر والثيب وهل يحتسب به أو لا يحتسب اذا كانت له زوجة أخرى فقال مالك والشافعى وأصحابهما يقيم عند البكر سبعا وعند الثيب ثلاثا ولا يحتسب ان كان له امرأة أخرى بأيام التى تزوّج وقال أبو حنيفة الاقامة عندهنّ سواء بكرا كانت أو ثيبا ويحتسب بالاقامة عندها ان كانت له زوجة أخرى وسبب اختلافهم معارضة حديث أنس لحديث أم سلمة وحديث أنس هو أن النبى صلى الله عليه وسلم كان اذا تزوّج البكر أقام عندها سبعا واذا تزوّج الثيب أقام عندها ثلاثا وحديث أم سلمة هو أن النبى صلى الله عليه وسلم تزوّجها فأصبحت عنده فقال ليس بك على أهلك هوان ان شئت سبعت عندك وسبعت عندهنّ وان شئت ثلثت عندك ودرت فقالت ثلث وحديث أم سلمة هو مدنى متفق عليه خرجه مالك والبخارى ومسلم وحديث أنس حديث بصرى خرجه أبو داود فصار أهل المدينة الى ما خرجه أهل البصرة وصار أهل الكوفة الى ما خرجه أهل المدينة واختلف أصحاب مالك فى هل مقامه عند البكر سبعا وعند الثيب ثلاثا واجب أو مستحب فقال ابن القاسم هو واجب وقال ابن عبد الحكم مستحب وسبب الخلاف حمل فعله عليه الصلاة والسلام على الندب أو على الوجوب وأما حقوق الزوج على الزوجة بالرضاع وخدمة البيت على اختلاف بينهم فى ذلك وذلك ان قوما أوجبوا عليها الرضاع على الاطلاق وقوم لم يوجبوا ذلك عليها باطلاق وقوم أوجبوا ذلك على الدنيئة ولم يوجبوا ذلك على الشريفة الا أن يكون الطفل لا يقبل الا ثديها وهو مشهور قول مالك وسبب اختلافهم هل آية الرضاع متضمنة حكم الرضاع أعنى ايجابه أو متضمنة أمره فقط فمن قال أمره قال لا يجب عليها الرضاع اذ لا دليل هنا على الوجوب ومن قال تتضمن الأمر بالرضاع وايجابه وأنها من الاخبار التى مفهومها مفهوم الامر قال يجب عليها الارضاع وأما من فرق بين الدنيئة والشريفة فاعتبر فى ذلك العرف والعادة وأما المطلقة فلا رضاع عليها الا أن لا يقبل ثدى غيرها فعليها الارضاع وعلى الزوج أجر الرضاع هذا اجماع لقوله سبحانه (فان أرضعن

لـكم فآتوهنّ أجورهنّ) (١) والجمهور على أن الحضانة للام اذا طلقها الزوج وكان الولد صغيرا لقوله عليه الصلاة والسلام من فرق بين والدة وولدها فرق الله بينه و بين أحبته يوم القيامة ولان الامة والمسبية اذا لم يفرق بينها و بين ولدها فاخص بذلك الحرة واختلفوا اذا بلغ الولد حـد التمييـز فقال قوم يخير ومنهم الشافعي واحتجوا بأثر ورد فى ذلك و بقى قوم على الاصل لانه لم يصح عندهم هذا الحديث والجمهور على أن تزويجها لغير الأب يقطع الحضانة لما روى أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال أنت أحق به مالم تنكحى ومن لم يصح عنـده هـذا الحديث طرد الاصـل وأما نقل الحضانة من الأم الى غير الأب فليس فى ذلك شئ يعقد عليه (١)

﴿ الباب الخامس فى الانكحة المنهى عنها بالشرع والانكحة الفاسدة وحكمها ﴾

والانكحة التى ورد النهى فيها مصرحا أربعة نكاح الشغار ونكاح المتعة والخطبة على خطبة أخيه ونكاح المحلل فأما نكاح الشغار فانهم اتفقوا على أن صفته هو أن ينكح الرجل وليته رجلا آخر على أن ينكحه الآخر وليته ولا صداق بينهما الا بضع هذه ببضع الاخرى واتفقوا على أنه نكاح غير جائز لثبوت النهى عنـه واختلفوا اذا وقع هـل يصحح بمهر المثل أم لا فقال مالك لا يصحح ويفسخ أبدا قبـل الدخول و بعده و به قال الشافعى الا أنه قال ان سمى لاحدهما صداقا أو لهما معا فالنكاح ثابت بمهر المثل والمهر الذى سمياه فاسد وقال أبو حنيفة نكاح الشغار يصح بفرض صداق المثل و به قال الليث وأحمد واسحق وأبو ثور والطبرى وسبب اختلافهم هل النهى المعلق بذلك معلل بعدم العوض أو غـير معلل فان قلنا غير معلل لزم الفسخ على الاطلاق وان قلنا العلة عدم الصداق صح بفرض صداق المثل مثل العقد على خمر أو على خنزير وقد أجمعوا على أن النكاح المنعقد على الخمر والخنزير لا يفسخ اذا فات بالدخول ويكون فيه مهر المثل وكأن مالكا رضى الله عنه رأى أن الصداق وان لم يكن من شرط صحة العقد ففساد العقد ههنا من قبل فساد الصداق مخصوص لتعلق النهى به أو رأى أن النهى انما تعلق بنفس تعيين العقد والنهى يدل على فساد المنهى (وأما نكاح المتعة) فانه تواترت الاخبار عن رسول الله صـلى الله عليه وسـلم بتحريمه الا أنها اختلفت فى الوقت الذى وقع فيه التحريم ففى بعض الروايات انه حرمها يوم خيبر وفى بعضها يوم الفتح وفى بعضها فى غزوة تبوك وفى بعضها فى حجة الوداع وفى بعضها فى عمرة القضاء وفى بعضها عام أوطاس وأكثر الصحابة وجميع فقهاء الامصار على تحريمها واشتهر عن ابن عباس تحليلها وتبع ابن عباس على القول بها أصحابه من أهـل مكة وأهل اليمن ورووا أن ابن عباس كان يحتج لذلك بقوله تعالى (فما استمتعتم به منهنّ فآتوهنّ أجورهنّ فريضة ولا جناح عليكم) وفى حرف عنه الى أجل مسمى وروى عنه أنه قال ما كانت المتعة الا رحمة من الله عز وجل رحم بها أمة محمد صلى الله عليه وسلم ولولا نهى عمر عنها ما اضطر الى الزنا الا شقى وهذا الذى روى عن ابن عباس رواه عنه ابن جريج وعمرو بن دينار وعن عطاء قال سمعت جابر بن عبد الله يقول تمتعنا على عهد رسول الله صلى الله عليه وسلم وأبى بكر ونصفا من خلافة عمر ثم نهى عنها عمر الناس (وأما اختلافهم فى النكاح الذى تقع فيه الخطبة على خطبة غيره)

ما بين علامتى (١) لم يوجد فى النسخة الفاسية ولا المصرية وهو موجود بالنسخة الخط تعلق أحمد بك تيمور اهـ مصححه

فقد تقدم ان فيه ثلاثة أقوال قول بالفسخ وقول بعدم الفسخ وفرق بين أن ترد الخطبة على خطبة الغير بعد الركون والقرب من التمام أولا ترد وهو مذهب مالك * وأما نكاح المحلل أعنى الذى يقصد بنكاحه تحليل المطلقة ثلاثا فان مالكا قال هو نكاح مفسوخ وقال أبو حنيفة والشافعى هو نكاح صحيح وسبب اختلافهم اختلافهم فى مفهوم قوله عليه الصلاة والسلام لعن الله المحلل فمن فهم من اللعن التأثيم فقط قال النكاح صحيح ومن فهم من التأثيم فساد العقد تشبيها بالنهى الذى يدل على فساد المنهى عنه قال النكاح فاسد فهذه هى الأنكحة الفاسدة بالنهى وأما الانكحة الفاسدة بمفهوم الشرع فانها تفسد اما باسقاط شرط من شروط صحة النكاح أو لتغيير حكم واجب بالشرع من أحكامه مما هو عن الله عز وجل واما بزيادة تعود الى ابطال شرط من شروط الصحة وأما الزيادات التى تعرض من هذا المعنى فانها لا تفسد النكاح باتفاق وانما اختلف العلماء فى لزوم الشروط التى بهذه الصفة أولا لزومها مثل أن يشترط عليه أن لا يتزوج عليها أو لا يتسرى أو لا ينقلها من بلدها فقال مالك ان اشترط ذلك لم يلزمه الا أن يكون فى ذلك يمين بعتق أو طلاق فان ذلك يلزمه الا أن يطلق أو يعتق من أقسم عليه فلا يلزم الشرط الأول أيضا وكذلك قال الشافعى وأبو حنيفة وقال الاوزاعى وابن شبرمة لها شرطها وعليه الوفاء وقال ابن شهاب كان من أدركت من العلماء يقضون بها وقول الجماعة مروى عن على وقول الاوزاعى مروى عن عمر وسبب اختلافهم معارضة العموم للخصوص فأما العموم فحديث عائشة رضى الله عنها أن النبى صلى الله عليه وسلم خطب الناس فقال فى خطبته كل شرط ليس فى كتاب الله فهو باطل ولو كان مائة شرط وأما الخصوص فحديث عقبة بن عامر عن النبى صلى الله عليه وسلم أنه قال أحق الشروط أن يوفى به ما استحللتم به الفروج والحديثان صحيحان خرجهما البخارى ومسلم الا أن المشهور عند الاصوليين القضاء بالخصوص على العموم وهو لزوم الشروط وهو ظاهر ما وقع فى العتبية وان كان المشهور خلاف ذلك وأما الشروط المقيدة بوضع من الصداق فانه قد اختلف فيها المذهب اختلافا كثيرا أعنى فى لزومها أو عدم لزومها وليس كتابنا هذا موضوعا على الفروع (وأما حكم الانكحة الفاسدة اذا وقعت) فمنها ما اتفقوا على فسخه قبل الدخول وبعده وهو ما كان منها فاسدا باسقاط شرط متفق على وجوب صحة النكاح بوجوده مثل أن ينكح محرمة العين ومنها ما اختلفوا فيه بحسب اختلافهم فى ضعف علة الفساد وقوتها ولماذا يرجع من الاخلال بشروط الصحة ومالك فى هذا الجنس وذلك فى الأكثر يفسخه قبل الدخول ويثبته بعده والأصل عنده فيه أن لا فسخ ولكنه يحتاط بمنزلة ما يرى فى كثير من البيع الفاسد أنه يفوت بحوالة الاسواق وغير ذلك ويشبه أن تكون هذه عنده هى الأنكحة المكروهة والا فلا وجه للفرق بين الدخول وعدم الدخول والاضطراب فى المذهب فى هذا الباب كثير وكأن هذا راجع عنده الى قوة دليل الفسخ وضعفه فمتى كان الدليل عنده قويا فسخ قبله وبعده ومتى كان ضعيفا فسخ قبل ولم يفسخ بعد وسواء كان الدليل القوى متفقا عليه أو مختلفا فيه ومن قبل هذا أيضا اختلف المذهب فى وقوع الميراث فى الانكحة الفاسدة اذا وقع الموت قبل الفسخ وكذلك وقوع الطلاق فيه فمرة اعتبر فيه الاختلاف والاتفاق ومرة اعتبر فيه الفسخ بعد الدخول أو عدمه وقد نرى أن نقطع ههنا القول فى هذا الكتاب فان ما ذكرناه فيه كفاية بحسب غرضنا المقصود

﴿ كتاب الطلاق ﴾

والكلام فى هذا الباب ينحصر فى أربع جمل الجملة الأولى فى أنواع الطلاق الجملة الثانية فى أركان الطلاق الجملة الثالثة فى الرجعة الجملة الرابعة فى أحكام المطلقات ﴿ الجملة الأولى ﴾ وفى هذه الجملة خمسة أبواب الباب الأوّل فى معرفة الطلاق البائن والرجعى الباب الثانى فى معرفة الطلاق السنى من البدعى الباب الثالث فى الخلع الباب الرابع فى تمييز الطلاق من الفسخ الباب الخامس فى التخيير والتمليك

﴿ الباب الأوّل ﴾

واتفقوا على أن الطلاق نوعان بائن ورجعى وأن الرجعى هو الذى يملك فيه الزوج رجعتها من غير اختيارها وان من شرطه أن يكون فى مدخول بها وانما اتفقوا على هذا لقوله تعالى (يا أيها النبى اذا طلقتم النساء فطلقوهنّ لعدتهنّ وأحصوا العدة) الى قوله تعالى (لعل الله يحدث بعد ذلك أمرا) والحديث الثابت أيضا من حديث ابن عمر أنه صلى الله عليه وسلم أمره أن يراجع زوجته لما طلقها حائضا ولا خلاف فى هذا وأما الطلاق البائن فانهم اتفقوا على أن البينونة انما توجد للطلاق من قبل عدم الدخول ومن قبل عدد التطليقات ومن قبل العوض فى الخلع على اختلاف بينهم هل الخلع طلاق أو فسخ على ما سيأتى بعد واتفقوا على أن العدد الذى يوجب البينونة فى طلاق الحر ثلاث تطليقات اذا وقعت مفترقات لقوله تعالى (الطلاق مرتان) الآية واختلفوا اذا وقعت ثلاثا فى اللفظ دون الفعل وكذلك اتفق الجمهور على أن الرق مؤثر فى اسقاط أعداد الطلاق وأن الذى يوجب البينونة فى الرق اثنتان واختلفوا اهل هذا معتبر برق الزوج أو برق الزوجة أم برق من رق منهما ففى هذا الباب اذن ثلاث مسائل ﴿ المسئلة الأولى ﴾ جمهور فقهاء الامصار على أن الطلاق بلفظ الثلاث حكمه حكم الطلقة الثالثه وقال أهل الظاهر وجماعة حكمه حكم الواحدة ولا تأثير للفظ فى ذلك وحجة هؤلاء ظاهر قوله تعالى (الطلاق مرتان) الى قوله فى الثالثة (فان طلقها فلا تحل له من بعد حتى تنكح زوجا غيره) والمطلق بلفظ الثلاث مطلق واحدة لا مطلق ثلاث واحتجوا أيضا بما خرجه البخارى ومسلم عن ابن عباس قال كان الطلاق على عهد رسول الله صلى الله عليه وسلم وأبى بكر وسنتين من خلافة عمر طلاق الثلاث واحدة فأمضاه عليهم عمر واحتجوا أيضا بما رواه ابن اسحق عن عكرمة عن ابن عباس قال طلق ركانة زوجه ثلاثا فى مجلس واحد فحزن عليها حزنا شديدا فسأله رسول الله صلى الله عليه وسلم كيف طلقتها قال طلقتها ثلاثا فى مجلس واحد قال انما تلك طلقة واحدة فارتجعها وقد احتج من انتصر لقول الجمهور بان حديث ابن عباس الواقع فى الصحيحين انما رواه عنه من أصحابه طاوس وان جلة أصحابه رووا عنه لزوم الثلاث منهم سعيد ابن جبير ومجاهد وعطاء وعمرو بن دينار وجماعة غيرهم وان حديث ابن اسحق وهم وانما روى الثقات انه طلق ركانة زوجه البتة لا ثلاثا وسبب الخلاف هل الحكم الذى جعله الشرع من البينونة للطلقة الثالثة يقع بالزام المكلف نفسه هذا الحكم فى طلقة واحدة أم ليس يقع ولا يلزم من ذلك الا ما ألزم الشرع فمن شبه الطلاق بالافعال التى يشترط فى صحة وقوعها كون الشروط الشرعية فيها كالنكاح والبيوع قال لا يلزم ومن شبهه بالنذور والايمان التى ما التزم العبد منها لزمه على أىّ صفة كان ألزم الطلاق كيفما ألزمه المطلق نفسه وكان الجمهور غلبوا حكم التغليظ فى الطلاق سدا للذريعة ولكن تبطل

بذلك الرخصة الشرعية والرفق المقصود فى ذلك أعنى فى قوله تعالى (لعل الله يحدث بعد ذلك أمرا) ﴿المسئلة الثانية﴾ وأما اختلافهم فى اعتبار نقص عدد الطلاق البائن بالرق فنهم من قال المعتبر فيه الرجال فاذا كان الزوج عبدا كان طلاقه البائن الطلقة الثانية سواء كانت الزوجة حرة أو أمة وبهذا قال مالك والشافعى ومن الصحابة عثمان بن عفان وزيد بن ثابت وابن عباس وان كان اختلف عنه فى ذلك لكن الاشهر عنه هو هذا القول ومنهم من قال ان الاعتبار فى ذلك هو بالنساء فاذا كانت الزوجة أمة كان طلاقها البائن الطلقة الثانية سواء كان الزوج عبدا أو حرا وممن قال بهذا القول من الصحابة على وابن مسعود ومن فقهاء الامصار أبو حنيفة وغيره وفى المسئلة قول أشذ من هذين وهو ان الطلاق يعتبر برق من رق منهما قال ذلك عثمان البتى وغيره وروى عن ابن عمر وسبب هذا الاختلاف هل المؤثر فى هذا هو رق المرأة أو رق الرجل فمن قال التأثير فى هذا لمن بيده الطلاق قال يعتبر بالرجال ومن قال التأثير فى هذا للذى يقع عليه الطلاق قال هو حكم من أحكام المطلقة فشبهوها بالعدة وقد أجمعوا على أن العدة بالنساء أى نقصانها تابع لرق النساء واحتج الفريق الاول بما روى عن ابن عباس مرفوعا الى النبى عليه الصلاة والسلام انه قال الطلاق بالرجال والعدة بالنساء الا انه حديث لم يثبت فى الصحاح وأما من اعتبر من رق منهما فانه جعل سبب ذلك هو الرق مطلقا ولم يجعل سبب ذلك لا الذكورية ولا الانوثية مع الرق ﴿المسئلة الثالثة﴾ وأما كون الرق مؤثرا فى نقصان عدد الطلاق فانه حكى قوم انه اجماع وأبو محمد بن حزم وجماعة من أهل الظاهر مخالفون فيه ويرون أن الحر والعبد فى هذا سواء وسبب الخلاف معارضة الظاهر فى هذا للقياس وذلك ان الجمهور صاروا الى هذا لمكان قياس طلاق العبد والامة على حدودهما وقد أجمعوا على كون الرق مؤثرا فى نقصان الحد وأما أهل الظاهر فلما كان الاصل عندهم أن حكم العبد فى التكاليف حكم الحر الا ما أخرجه الدليل والدليل عندهم هو نص أو ظاهر من الكتاب أو السنة ولم يكن هنا دليل مسموع صحيح وجب ان يبقى العبد على أصله ويشبه ان يكون قياس الطلاق على الحد غير سديد لان المقصود بنقصان الحد رخصة للعبد لمكان نقصه وان الفاحشة ليست تقبح منه قبحها من الحر وأما نقصان الطلاق فهو من باب التغليظ لان وقوع التحريم على الانسان بتطليقتين أغلظ من وقوعه بثلاث لما عسى أن يقع فى ذلك من الندم ولشرع انما سلك فى ذلك سبيل الوسط وذلك انه لو كانت الرجعة دائمة بين الزوجة لعنتت المرأة وشقيت ولو كانت البينونة واقعة فى الطلقة الواحدة لعنت الزوج من قبل الندم وكان ذلك عسرا عليه فجمع الله بهذه الشريعة بين المصلحتين ولذلك ما نرى والله أعلم أن من ألزم الطلاق الثلاث فى واحدة فقد رفع الحكمة الموجودة فى هذه السنة المشروعة

﴿ الباب الثانى ﴾

أجمع العلماء على أن المطلق للسنة فى المدخول بها هو الذى يطلق امرأته فى طهر لم يمسها فيه طلقة واحدة وأن المطلق فى الحيض أو الطهر الذى مسها فيه غير مطلق للسنة وانما أجمعوا على هذا لما ثبت من حديث ابن عمر انه طلق امرأته وهى حائض على عهد رسول الله صلى الله عليه وسلم فقال عليه الصلاة والسلام مره فليراجعها حتى تطهر ثم تحيض ثم تطهر ثم ان شاء أمسك وان شاء طلق قبل

أن يمس فتلك العدة التي أمر الله ان تطلق لها النساء واختلفوا من هذا الباب في ثلاثة مواضع الموضع الاول هل من شرطه أن لا يتبعها طلاقا في العدة والثاني هل المطلق ثلاثا أعني بلفظ الثلاث مطلق للسنة أم لا والثالث في حكم من طلق في وقت الحيض ﴿ أما الموضع الاول ﴾ فانه اختلف فيه مالك وأبو حنيفة ومن تبعهما فقال مالك من شرطها أن لا يتبعها في العدة طلاقا آخر وقال أبو حنيفة ان طلقها عند كل طهر طلقة واحدة كان مطلقا للسنة وسبب هذا الاختلاف هل من شرط هذا الطلاق ان يكون في حال الزوجية بعد رجعة أم ليس من شرطه فمن قال هو من شرطه قال لا يتبعها فيه طلاقا ومن قال ليس من شرطه أتبعها الطلاق ولا خلاف بينهم في وقوع الطلاق المتبع ﴿وأما الموضع الثاني﴾ فان مالكا ذهب الى ان المطلق ثلاثا بلفظ واحد مطلق لغير سنة وذهب الشافعي الى انه مطلق للسنة وسبب الخلاف معارضة اقراره عليه الصلاة والسلام للمطلق بين يديه ثلاثا في لفظة واحدة لمفهوم الكتاب في حكم الطلقة الثالثة والحديث الذي احتج به الشافعي هو ما ثبت من أن العجلاني طلق زوجه ثلاثا بحضرة رسول الله صلى الله عليه وسلم بعد الفراغ من الملاعنة قال فلو كان بدعة لما أقره رسول الله صلى الله عليه وسلم وأما مالك فلما رأى أن المطلق بلفظ الثلاث رافع للرخصة التي جعلها الله في العدد قال فيه انه ليس للسنة واعتذر أصحابه عن الحديث بان المتلاعنين عنده قد وقعت الفرقة بينهما من قبل التلاعن نفسه فوقع الطلاق على غير محله فلم يتصف لا بسنة ولا ببدعة وقول مالك والله أعلم أظهر ههنا من قول الشافعي ﴿ وأما الموضع الثالث ﴾ في حكم من طلق في وقت الحيض فان الناس اختلفوا من ذلك في مواضع منها ان الجمهور قالوا يمضى طلاقه وقالت فرقة لا ينفذ ولا يقع والذين قالوا ينفذ قالوا يؤمر بالرجعة وهؤلاء افترقوا فرقتين فقوم رأوا ان ذلك واجب وانه يجبر على ذلك وبه قال مالك وأصحابه وقالت فرقة بل يندب الى ذلك ولا يجبر وبه قال الشافعي وأبو حنيفة والثوري وأحمد والذين أوجبوا الاجبار اختلفوا في الزمان الذي يقع فيه الاجبار فقال مالك وأكثر أصحابه ابن القاسم وغيره يجبر ما لم تنقض عدتها وقال أشهب لا يجبر الا في الحيضة الاولى والذين قالوا بالامر بالرجعة اختلفوا متى يوقع الطلاق بعد الرجعة ان شاء فقوم اشترطوا في الرجعة ان يمسكها حتى تطهر من تلك الحيضة ثم تحيض ثم تطهر ثم ان شاء طلقها وان شاء أمسكها وبه قال مالك والشافعي وجماعة وقوم قالوا بل يراجعها فاذا طهرت من تلك الحيضة التي طلقها فيها فان شاء أمسك وان شاء طلق وبه قال أبو حنيفة والكوفيون وكل من اشترط في طلاق السنة ان يطلقها في طهر لم يمسها فيه لم ير الامر بالرجعة اذا طلقها في طهر مسها فيه فهنا اذا أربع مسائل أحدها هل يقع هذا الطلاق أم لا والثانية ان وقع فهل يجبر على الرجعة أم يؤمر فقط والثالثة متى يوقع الطلاق بعد الاجبار أو الندب والرابعة متى يقع الاجبار ﴿ أما المسئلة الاولى ﴾ فان الجمهور انما صاروا الى ان الطلاق ان وقع في الحيض اعتد به وكان طلاقا لقوله صلى الله عليه وسلم في حديث ابن عمر مره فليراجعها قالوا والرجعة لا تكون الا بعد طلاق وروى الشافعي عن مسلم بن خالد عن ابن جريج انهم أرسلوا الى نافع يسألونه هل حسبت تطليقة ابن عمر على عهد رسول الله صلى الله عليه وسلم قال نعم وروى انه الذي كان يفتي به ابن عمر وأما من لم ير هذا الطلاق واقعا فانه اعتمد عموم قوله صلى الله عليه وسلم كل فعل أو عمل ليس عليه أمرنا فهو رد وقالوا أمر رسول الله صلى الله عليه وسلم برده

يشعر بعدم نفوذه ووقوعه وبالجملة فسبب الاختلاف هل الشروط التى اشترطها الشرع فى الطلاق السنى هى شروط صحة واجزاء أم شروط كمال وتمام فمن قال شروط اجزاء قال لايقع الطلاق الذى عدم هذه الصفة ومن قال شروط كمال وتمام قال يقع ويندب الى أن يقع كاملا ولذلك من قال بوقوع الطلاق وجبره على الرجعة فقد تناقض فتدبر ذلك ﴿وأما المسئلة الثانية﴾ وهى هل يجبر على الرجعة أو لا يجبر فمن اعتمد ظاهر الامر وهو الوجوب على ما هو عليه عند الجمهور قال يجبر ومن لحظ هذا المعنى الذى قلناه من كون الطلاق واقعا قال هذا الأمر هو على الندب ﴿وأما المسئلة الثالثة﴾ وهى متى يوقع الطلاق بعد الاجبار فان من اشترط فى ذلك أن يمسكها حتى تطهر ثم تحيض ثم تطهر فانما صار لذلك لانه المنصوص عليه فى حديث ابن عمر المتقدم قالوا والمعنى فى ذلك لتصح الرجعة بالوطء فى الطهر الذى بعد الحيض لانه لو طلقها فى الطهر الذى بعد الحيضة لم يكن عليها من الطلاق الآخر عدة لانه كان يكون كالمطلق قبل الدخول وبالجملة فقالوا ان من شرط الرجعة وجود زمان يصح فيه الوطء وعلى هذا التعليل يكون من شروط طلاق السنة ان يطلقها فى طهر لم يطلق فى الحيضة التى قبله وهو أحد الشروط المشترطة عند مالك فى طلاق السنة فيما ذكره عبد الوهاب وأما الذين لم يشترطوا ذلك فانهم صاروا الى ما روى يونس بن جبير وسعيد بن جبير وابن سيرين ومن تابعهم عن ابن عمر فى هذا الحديث انه قال يراجعها فاذا طهرت طلقها ان شاء وقالوا المعنى فى ذلك انه انما أمر بالرجوع عقوبة له لانه طلق فى زمان كره له فيه الطلاق فاذا ذهب ذلك الزمان وقع منه الطلاق على وجه غير مكروه فسبب اختلافهم تعارض الآثار فى هذه المسئلة وتعارض مفهوم العلة ﴿وأما المسئلة الرابعة﴾ وهى متى يجبر فانما ذهب مالك الى انه يجبر على رجعتها لطول زمان العدة لانه الزمان الذى له فيه ارتجاعها وأما أشهب فانه انما صار فى هذا الى ظاهر الحديث لان فيه مره فليراجعها حتى تطهر فدل ذلك على أن المراجعة كانت فى الحيضة وأيضا فانه قال انما أمر بمراجعتها لئلا تطول عليها العدة فانه اذا وقع عليها الطلاق فى الحيضة لم تعتد بها باجماع فان قلنا انه يراجعها فى غير الحيضة كان ذلك عليها أطول وعلى هذا التعليل فينبغى ان يجوز ايقاع الطلاق فى الطهر الذى بعد الحيضة فسبب الاختلاف هو سبب اختلافهم فى علة الامر بالرد

﴿الباب الثالث فى الخلع﴾

واسم الخلع والفدية والصلح والمبارأة كلها تؤل الى معنى واحد وهو بذل المرأة العوض على طلاقها الا ان اسم الخلع يختص ببذلها له جميع ما أعطاها والصلح ببعضه والفدية باكثره والمبارأة باسقاطها عنه حقا لها عليه على مازعم الفقهاء والكلام ينحصر فى أصول هذا النوع من الفراق فى أربعة فصول فى جواز وقوعه أولا ثم ثانيا فى شروط وقوعه أعنى جواز وقوعه ثم ثالثا فى نوعه أعنى هل هو طلاق أو فسخ ثم رابعا فيما يلحقه من الاحكام

﴿الفصل الاول﴾

فأما جواز وقوعه فعليه أكثر العلماء والاصل فى ذلك الكتاب والسنة أما الكتاب فقوله تعالى (فلا جناح عليهما فيما افتدت به) وأما السنة فحديث ابن عباس ان امرأة ثابت بن قيس أتت النبى صلى الله عليه وسلم فقالت يارسول الله ثابت بن قيس لا أعيب عليه فى خلق ولا دين ولكن أكره الكفر بعد الدخول فى الاسلام فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم أتردين عليه حديقته قالت نعم قال رسول الله

صلى الله عليه وسلم اقبل الحديقة وطلقها طلقة واحدة خرجه بهذا اللفظ البخاري وأبو داود والنسائي وهو حديث متفق على صحته وشذ أبو بكر بن عبد الله المزيني عن الجمهور فقال لا يحل للزوج ان يأخذ من زوجته شيأ واستدل على ذلك بأنه زعم ان قوله تعالى (فلا جناح عليهما فيما افتدت به) منسوخ بقوله تعالى (وان أردتم استبدال زوج مكان زوج وآتيتم احداهن قنطارا فلا تأخذوا منه شيئا) الآية والجمهور على أن معنى ذلك بغير رضاها واما برضاها فجائز فسبب الخلاف حمل هذا اللفظ على عمومه أو على خصوصه

﴿ الفصل الثاني ﴾

فاما شروط جوازه فمنها ما يرجع الى القدر الذي يجوز فيه ومنها ما يرجع الى صفة الشيء الذي يجوز به ومنها ما يرجع الى الحال التي يجوز فيها ومنها ما يرجع الى صفة من يجوز له الخلع من النساء أو من أوليائهن ممن لا تملك أمرها ففي هذا الفصل أربع مسائل ﴿ المسئلة الاولى ﴾ أما مقدار ما يجوز لها ان تختلع به فان مالكا والشافعي وجماعة قالوا جائز ان تختلع المرأة بأكثر مما يصير لها من الزوج في صداقها اذا كان النشوز من قبلها وبمثله وبأقل منه وقال قائلون ليس له ان يأخذ أكثر مما أعطاها على ظاهر حديث ثابت فمن شبهه بسائر الاعواض في المعاملات رأى ان القدر فيه راجع الى الرضا ومن أخذ بظاهر الحديث لم يجز أكثر من ذلك وكأنه رآه من باب أخذ المال بغير حق ﴿ المسئلة الثانية ﴾ وأما صفة العوض فان الشافعي وأبا حنيفة يشترطان فيه ان يكون معلوم الصفة ومعلوم الوجود ومالك يجيز فيه المجهول الوجود والقدر والمعدوم مثل الآبق والشارد والثمرة التي لم يبد صلاحها والعبد غير الموصوف وحكي عن أبي حنيفة جواز الغرر ومنع المعدوم وسبب الخلاف تردد العوض ههنا بين العوض في البيوع أو الاشياء الموهوبة والموصى بها فمن شبهها بالبيوع اشترط فيه ما يشترط في البيوع وفي أعواض البيوع ومن شبهه بالهبات لم يشترط ذلك واختلفوا اذا وقع الخلع بما لا يحل كالخمر والخنزير هل يجب لها عوض أم لا بعد اتفاقهم على ان الطلاق يقع فقال مالك لا تستحق عوضا وبه قال أبو حنيفة وقال الشافعي يجب لها مهر المثل(٧) ﴿ المسئلة الثالثة ﴾ وأما ما يرجع الى الحال التي يجوز فيها الخلع من التي لا يجوز فان الجمهور على أن الخلع جائز مع التراضي اذا لم يكن سبب رضاها بما تعطيه اضراره بها والاصل في ذلك قوله تعالى (ولا تعضلوهن لتذهبوا ببعض ما آتيتموهن الا أن يأتين بفاحشة مبينة) وقوله تعالى (فان خفتم أن لا يقيما حدود الله فلا جناح عليهما فيما افتدت به) وشذ أبو قلابة والحسن البصري فقالا لا يحل للرجل الخلع عليها حتى يشاهدها تزني وحملوا الفاحشة في الآية على الزنا وقال داود لا يجوز الا بشرط الخوف أن لا يقيما حدود الله على ظاهر الآية وشذ النعمان فقال يجوز الخلع مع الاضرار والفقه ان الفداء انما جعل للمرأة في مقابلة ما بيد الرجل من الطلاق فانه لما جعل الطلاق بيد الرجل اذا فرك المرأة جعل الخلع بيد المرأة اذا فركت الرجل فيتحصل في الخلع خمسة أقوال قول انه لا يجوز أصلا وقول انه يجوز على كل حال أي مع الضرر وقول انه لا يجوز الا مع مشاهدة الزنا وقول مع خوف أن لا يقيما حدود الله وقول انه يجوز في كل حال الا مع الضرر وهو المشهور ﴿ المسئلة الرابعة ﴾ وأما من يجوز له الخلع ممن لا يجوز فانه لا خلاف عند الجمهور ان الرشيدة تخالع عن نفسها وان الامة لا تخالع عن نفسها الا برضا سيدها وكذلك السفيهة مع وليها عند من يرى الحجر وقال مالك يخالع الاب على ابنته الصغيرة كما ينكحها وكذلك

---

(٧) هكذا جميع النسخ ولعل الصواب يجب عليها فان العوض راجع للزوج فليتأمل اهـ مصححه

على ابنه الصغير لانه عنده يطلق عليه والخلاف فى الابن الصغير قال الشافعى وأبو حنيفة لايجوز لانه لايطلق عليه عندهم والله أعلم وخلع المريضة يجوز عند مالك اذا كان بقدر ميراثه منها وروى ابن نافع عن مالك انه يجوز خلعها بالثلث كله وقال الشافعى لو اختلعت بقدر مهر مثلها جاز وكان من رأس المال وان زاد على ذلك كانت الزيادة من الثلث وأما المهملة التى لا وصى لها ولا أب فقال ابن القاسم يجوز خلعها اذا كان خلع مثلها والجهور على أنه يجوز خلع المالكة لنفسها وشذ الحسن وابن سيرين فقالا لايجوز الخلع الا باذن السلطان

﴿ الفصل الثالث ﴾

وأما نوع الخلع فجمهور العلماء على أنه طلاق وبه قال مالك وأبو حنيفة سوى بين الطلاق والفسخ وقال الشافعى هو فسخ وبه قال أحمد وداود ومن الصحابة ابن عباس وقد روى عن الشافعى أنه كناية فان أراد به الطلاق كان طلاقا والا كان فسخا وقد قيل عنه فى قوله الجديد انه طلاق وفائدة الفرق هل يعتد به فى التطليقات أم لا وجمهور من رأى أنه طلاق يجعله بائنا لأنه لو كان للزوج فى العدة منه الرجعة عليها لم يكن لافتدائها معنى وقال أبو ثور ان لم يكن بلفظ الطلاق لم يكن له عليها رجعة وان كان بلفظ الطلاق كان له عليها الرجعة احتج من جعله طلاقا بأن الفسوخ انما هى التى تقتضى الفرقة الغالبة للزوج فى الفراق مما ليس يرجع الى اختياره وهذا راجع الى الاختيار فليس بفسخ واحتج من لم يره طلاقا بأن الله تبارك وتعالى ذكر فى كتابه الطلاق فقال (الطلاق مرتان) ثم ذكر الافتداء ثم قال (فان طلقها فلا تحل له من بعد حتى تنكح زوجا غيره) فلو كان الافتداء طلاقا لكان الطلاق الذى لا تحل له فيه الا بعد زوج هو الطلاق الرابع وعند هؤلاء ان الفسوخ تقع بالتراضى قياسا على فسوخ البيع أعنى الاقالة وعند المخالف ان الآية انما تضمنت حكم الافتداء على انه شئ يلحق جميع أنواع الطلاق لانه شئ غير الطلاق فسبب الخلاف هل اقتران العوض بهذه الفرقة يخرجها من نوع فرقة الطلاق الى نوع فرقة الفسخ أم ليس يخرجها

﴿ الفصل الرابع ﴾

وأما لواحقه ففروع كثيرة لكن نذكر منها ما اشتهر فمنها هل يرتدف على المختلعة طلاق أم لا فقال مالك لا يرتدف الا ان كان الكلام متصلا وقال الشافعى لا يرتدف وان كان الكلام متصلا وقال أبو حنيفة يرتدف ولم يفرق بين الفور والتراخى وسبب الخلاف ان العدة عند الفريق الأول من أحكام الطلاق وعند أبى حنيفة من أحكام النكاح ولذلك لايجوز عنده أن ينكح مع المبتوتة أختها فمن رآها من أحكام النكاح ارتدف الطلاق عنده ومن لم يرذلك لم يرتدف ومنها ان جمهور العلماء أجمعوا على أنه لا رجعة للزوج على المختلعة فى العدة الا ماروى عن سعيد بن المسيب وابن شهاب انهما قالا ان ردلها ما أخذ منها فى العدة أشهد على رجعتها والفرق الذى ذكرناه عن أبى ثور بين أن يكون بلفظ الطلاق أو لا يكون ومنها ان الجمهور أجمعوا على ان له أن يتزوجها برضاها فى عدتها وقالت فرقة من المتأخرين لا يتزوجها هو ولا غيره فى العدة وسبب اختلافهم هل المنع من النكاح فى العدة عبادة أو ليست بعبادة بل معلل واختلفوا فى عدة المختلعة وسيأتى بعد واختلفوا اذا اختلف الزوج والزوجة فى مقدار العدد الذى وقع به الخلع فقال مالك القول قوله ان لم يكن هنالك بينة وقال الشافعى يتحالفان ويكون عليها مهر المثل شبه الشافعى اختلافهما باختلاف المتبايعين وقال مالك هى مدعى عليها وهو مدع ومسائل هذا الباب كثيرة

وليس مما يليق بقصدنا

﴿ الباب الرابع ﴾

واختلف قول مالك رحمه الله في الفرق بين الفسخ الذي لا يعتد به في التطليقات الثلاث و بين الطلاق الذي يعتد به في الثلاث الى قولين أحدهما ان النكاح ان كان فيه خلاف خارج عن مذهبه أعني في جوازه وكان الخلاف مشهورا فالفرقة عنده فيه طلاق مثل الحكم بتزويج المرأة نفسها والمحرم فهذه على هذه الرواية هي طلاق لا فسخ والقول الثاني ان الاعتبار في ذلك هو بالسبب الموجب للتفرق فان كان غير راجع الى الزوجين مما لو أراد الاقامة على الزوجية معه لم يصح كان فسخا مثل نكاح المحرمة بالرضاع أو النكاح في العدة وان كان مما لهما ان يقيما عليه مثل الرد بالعيب كان طلاقا

﴿ الباب الخامس ﴾

ومما يعد من أنواع الطلاق مما يرى ان له أحكاما خاصة التمليك والتخيير والتمليك عن مالك في المشهور غير التخيير وذلك ان التمليك هو عنده تمليك المرأة ايقاع الطلاق فهو يحتمل الواحدة فما فوقها ولذلك له أن يناكرها عنده فيما فوق الواحدة والخيار بخلاف ذلك لأنه يقتضي ايقاع طلاق تنقطع معه العصمة الا أن يكون تخييرا مقيدا مثل أن يقول لها اختاري نفسك أو اختاري تطليقة أو تطليقتين ففي الخيار المطلق عند مالك ليس لها الا أن تختار زوجها أو تبين منه بالثلاث وان اختارت واحدة لم يكن لها ذلك والمملكة لا يبطل تمليكها عنده ان لم توقع الطلاق حتى يطول الأمر بها على احدى الروايتين أو يتفرقا من المجلس والرواية الثانية أنه يبقى لها التمليك الى أن ترد أو تطلق والفرق عند مالك بين التمليك وتوكيله اياها على تطليق نفسها ان في التوكيل له أن يعزلها قبل أن تطلق وليس له ذلك في التمليك وقال الشافعي اختاري وأمرك بيدك سواء ولا يكون ذلك طلاقا الا أن ينوي به وان نواه فهو ما أراد ان واحدة فواحدة وان ثلاثا فثلاث فله عنده ان يناكرها في الطلاق نفسه وفي العدد في الخيار أو التمليك وهي عنده ان طلقت نفسها رجعية وكذلك هي عند مالك في التمليك وقال أبو حنيفة وأصحابه الخيار ليس بطلاق فان طلقت نفسها في التمليك واحدة فهي بائنة وقال الثوري الخيار والتمليك واحد لا فرق بينهما وقد قيل القول قولها في اعداد الطلاق في التمليك وليس للزوج مناكرتها وهذا القول مروي عن علي وابن المسيب و به قال الزهري وعطاء وقد قيل انه ليس للمرأة في التمليك الا أن تطلق نفسها تطليقة واحدة وذلك مروي عن ابن عباس وعمر رضي الله عنهما روي انه جاء ابن مسعود رجل فقال كان بيني و بين امرأتي بعض ما يكون بين الناس فقالت لو أن الذي بيدك من أمري بيدي لعلمت كيف أصنع قال فان الذي بيدي من أمرك بيدك قالت فانت طالق ثلاثا قال أراها واحدة وأنت أحق بها ما دامت في عدتها وسألقى أمير المؤمنين عمر ثم لقيه فقص عليه القصة فقال صنع الله بالرجال وفعل يعمدون الى ما جعل الله في أيديهم فيجعلونه بأيدي النساء بفيها التراب ماذا قلت فيها قال قلت أراها واحدة وهو أحق بها قال وأنا أرى ذلك ولو رأيت غير ذلك علمت انك لم تصب وقد قيل ليس التمليك بشيء لأن ما جعل الشرع بيد الرجل ليس يجوز أن يرجع الى يد المرأة بجعل جاعل وكذلك التخيير وهو قول أبي محمد ابن حزم وقول مالك في المملكة ان لها الخيار في الطلاق أو البقاء على العصمة ما دامت في المجلس وهو قول الشافعي وأبي حنيفة والاوزاعي وجماعة فقهاء الامصار وعند الشافعي أن التمليك اذا أراد به

الطلاق كالوكالة وله ان يرجع فى ذلك متى أحب ذلك مالم يوقع الطلاق وانما صار الجمهور للقضاء بالتمليك أو التخيير وجعل ذلك للنساء لما ثبت من تخيير رسول الله صلى الله عليه وسلم نساءه قالت عائشة خيرنا رسول الله صلى الله عليه وسلم فاخترناه فلم يكن طلاقا لكن أهل الظاهر يرون ان معنى ذلك انهن لو اخترن أنفسهن طلقهن رسول الله صلى الله عليه وسلم لا انهن كن يطلقن بنفس اختيار الطلاق وانما صار جمهور الفقهاء الى ان التخيير والتمليك واحد فى الحكم لان من عرف دلالة اللغة ان من ملك انسانا أمرا من الامور ان شاء ان يفعله أولا يفعله فانه قد خيره وأما مالك فيرى ان قوله لها اختاريني أو اختارى نفسك انه ظاهر بعرف الشرع فى معنى البينونة بتخيير رسول الله صلى الله عليه وسلم نساءه لأن المفهوم منه انما كان البينونة وانما رأى مالك أنه لا يقبل قول الزوج فى التمليك أنه لم يرد به طلاقا اذا زعم ذلك لانه لفظ ظاهر فى معنى جعل الطلاق بيدها وأما الشافعى فلما لم يكن اللفظ عنده نصا اعتبر فيه النية فسبب الخلاف هل يغلب ظاهر اللفظ أو دعوى النية وكذلك فعل فى التخيير وانما اتفقوا على ان له مناكرتها فى العدد أعنى فى لفظ التمليك لانه لا يدل عليه دلالة محتملة فضلا عن ظاهره وانما رأى مالك والشافعى أنه اذا طلقت نفسها بتمليكه اياها طلقة واحدة انها تكون رجعية لان الطلاق انما يحمل على العرف الشرعى وهو طلاق السنة وانما رأى أبو حنيفة انها بائنة لانه اذا كان له عليها رجعة لم يكن لما طلبت من التمليك فائدة ولما قصد هو من ذلك وأما من رأى ان لها أن تطلق نفسها فى التمليك ثلاثا وانه ليس للزوج مناكرتها فى ذلك فلان معنى التمليك عنده انما هو تصيير جميع ما كان بيد الرجل من الطلاق بيد المرأة فهى مخيرة فيما توقعه من أعداد الطلاق وأما من جعل التمليك طلقة واحدة فقط أو التخيير فانما ذهب الى انه أقل ماينطلق عليه الاسم واحتياطا للرجال لان العلة فى جعل الطلاق بأيدى الرجال دون النساء هو لنقصان عقلهن وغلبة الشهوة عليهن مع سوء المعاشرة وجمهور العلماء على ان المرأة اذا اختارت زوجها انه ليس بطلاق لقول عائشة المتقدم وروى عن الحسن البصرى انها اذا اختارت زوجها فواحدة واذا اختارت نفسها فثلاث فيتحصل فى هذه المسئلة الخلاف فى ثلاثة مواضع أحدها أنه لا يقع بواحد منهما طلاق والثانى أنه تقع بينهما فرقة والثالث الفرق بين التخيير والتمليك فيما تملك به المرأة أعنى ان تملك بالتخيير البينونة وبالتمليك مادون البينونة واذا قلنا بالبينونة فقيل تملك واحدة وقيل تملك الثلاث واذا قلنا انها تملك واحدة فقيل رجعية وقيل بائنة وأما حكم الالفاظ التى تجيب بها المرأة فى التخيير والتمليك فهى ترجع الى حكم الالفاظ التى يقع بها الطلاق فى كونها صريحة فى الطلاق أو كناية أو محتملة وسيأتى تفصيل ذلك عند التكلم فى ألفاظ الطلاق ﴿ الجملة الثانية ﴾ وفى هذه الجملة ثلاث أبواب الباب الاول فى ألفاظ الطلاق وشروطه الباب الثانى فى تفصيل من يجوز طلاقه ممن لا يجوز الباب الثالث فى تفصيل من يقع عليها الطلاق من النساء ممن لا يقع

﴿ الباب الاول ﴾

وهذا الباب فيه فصلان الفصل الاول فى أنواع ألفاظ الطلاق المطلقة الفصل الثانى فى أنواع ألفاظ الطلاق المقيدة

﴿ الفصل الاول ﴾

أجمع المسلمون على ان الطلاق يقع اذا كان بنية وبلفظ صريح واختلفوا هل يقع بالنية مع اللفظ الذى ليس بصريح أو بالنية دون اللفظ أو باللفظ دون النية فمن اشترط النية واللفظ الصريح فاتباعا لظاهر

الشرع وكذلك من أقام الظاهر مقام الصريح ومن شبهه بالعقد فى النذر وفى اليمين أوقعه بالنية فقط ومن أعمل التهمة أوقعه باللفظ فقط واتفق الجمهور على ان ألفاظ الطلاق المطلقة صنفان صريح وكناية واختلفوا فى تفصيل الصريح من الكناية وفى أحكامها وما يلزم فيها ونحن فانما قصدنا من ذلك ذكر المشهور وما يجرى مجرى الاصول فقال مالك وأصحابه الصريح هو لفظ الطلاق فقط وما عدا ذلك كناية وهى عنده على ضربين ظاهرة ومحتملة وبه قال أبو حنيفة وقال الشافعى ألفاظ الطلاق الصريحة ثلاث الطلاق والفراق والسراح وهى المذكورة فى القرآن وقال بعض أهل الظاهر لا يقع طلاق الا بهذه الثلاث فهذا هو اختلافهم فى صريح الطلاق من غير صريحه وانما اتفقوا على ان لفظ الطلاق صريح لأن دلالته على هذا المعنى الشرعى دلالة وضعية بالشرع فصار أصلا فى هذا الباب وأما ألفاظ الفراق والسراح فهى مترددة بين أن يكون الشرع فيها تصرف أعنى ان تدل بعرف الشرع على المعنى الذى يدل عليه الطلاق أوهى باقية على دلالتها اللغوية فاذا استعملت فى هذا المعنى أعنى فى معنى الطلاق كانت مجازا اذ هذا هو معنى الكناية أعنى اللفظ الذى يكون مجازا فى دلالته وانما ذهب من ذهب الى انه لا يقع الطلاق الا بهذه الالفاظ الثلاثة لأن الشرع انما ورد بهذه الالفاظ الثلاثة وهى عبادة ومن شرطها اللفظ فوجب ان يقتصر بها على اللفظ الشرعى الوارد فيها فأما اختلافهم فى أحكام صريح ألفاظ الطلاق ففيه مسئلتان مشهورتان احداهما اتفق مالك والشافعى وأبو حنيفة عليها والثانية اختلفوا فيها فأما التى اتفقوا عليها فان مالكا والشافعى وأبا حنيفة قالوا لا يقبل قول المطلق اذا نطق بألفاظ الطلاق انه لم يرد به طلاقا اذا قال لزوجته أنت طالق وكذلك السراح والفراق عند الشافعى واستثنت المالكية بان قالت الا أن تقترن بالحالة أو بالمرأة قرينة تدل على صدق دعواه مثل ان نسأله أن يطلقها من وثاق هى فيه وشبهه فيقول لها أنت طالق وفقه المسئلة عند الشافعى وأبى حنيفة ان الطلاق لا يحتاج عندهم الى نية وأما مالك فالمشهور عنه ان الطلاق عنده يحتاج الى النية لكن لم ينوه ههنا لموضع التهم ومن رأيه الحكم بالتهم سدا للذرائع وذلك مما خالفه فيه الشافعى وأبو حنيفة فيجب على رأى من يشترط النية فى ألفاظ الطلاق ولا يحكم بالتهم ان يصدقه فيما ادعى (وأما المسئلة الثانية) فهى اختلافهم فيمن قال لزوجته أنت طالق وادعى انه أراد بذلك أكثر من واحدة اما اثنتين واما ثلاثا فقال مالك هو ما نوى وقد لزمه وبه قال الشافعى الا أن يقيد فيقول طلقة واحدة وهذا القول هو المختار عند أصحابه وأما أبو حنيفة فقال لا يقع ثلاث بلفظ الطلاق لأن العدد لا يتضمنه لفظ الافراد لا كناية ولا تصريحا وسبب اختلافهم هل يقع الطلاق بالنية دون اللفظ أو بالنية مع اللفظ المحتمل فمن قال بالنية أوجب الثلاث وكذلك من قال بالنية واللفظ المحتمل ورأى ان لفظ الطلاق يحتمل العدد ومن رأى انه لا يحتمل العدد وانه لابد من اشتراط اللفظ فى الطلاق مع النية قال لا يجب العدد وان نواه وهذه المسئلة اختلفوا فيها وهى من مسائل شروط ألفاظ الطلاق أعنى اشتراط النية مع اللفظ أو بانفراد أحدهما فالمشهور عن مالك أن الطلاق لا يقع الا باللفظ والنية وبه قال أبو حنيفة وقد روى عنه أنه يقع باللفظ دون النية وعند الشافعى ان لفظ الطلاق الصريح لا يحتاج الى نية فمن اكتفى بالنية احتج بقوله صلى الله عليه وسلم انما الاعمال بالنيات ومن لم يعتبر النية دون اللفظ احتج بقوله عليه الصلاة والسلام رفع عن أمتى الخطأ والنسيان

وما حدثت به أنفسها والنية دون قول حديث نفس قال وليس يلزم من اشترط النية فى العمل فى الحديث المتقدم ان تكون النية كافية بنفسها واختلف المذهب هل يقع بلفظ الطلاق فى المدخول بها طلاق بائن اذا قصد ذلك المطلق ولم يكن هنالك عوض فقيل يقع وقيل لا يقع وهذه المسئلة هى من مسائل أحكام صريح ألفاظ الطلاق وأما ألفاظ الطلاق التى ليست بصريح فنها ما هى كناية ظاهرة عند مالك ومنها ما هى كناية محتملة ومذهب مالك أنه اذا ادعى فى الكناية الظاهرة انه لم يرد طلاقا لم يقبل قوله الا أن تكون هنالك قرينة تدل على ذلك كرأيه فى الصريح وكذلك لا يقبل عنده ما يدعيه من دون الثلاث فى الكنايات الظاهرة وذلك فى المدخول بها الا أن يكون قال ذلك فى الخلع وأما غير المدخول بها فيصدقه فى الكناية الظاهرة فيما دون الثلاث لأن طلاق غير المدخول بها بائن وهذه هى مثل قولهم حبلك على غاربك ومثل البتة ومثل قولهم أنت خلية وبرية وأما مذهب الشافعى فى الكنايات الظاهرة فانه يرجع فى ذلك الى ما نواه فان كان نوى طلاقا كان طلاقا وان كان نوى ثلاثا كان ثلاثا أو واحدة كان واحدة ويصدق فى ذلك وقول أبى حنيفة فى ذلك مثل قول الشافعى الا أنه اذا نوى على أصله واحدة أو اثنتين وقع عنده طلقة واحدة بائنة وان اقترنت به قرينة تدل على الطلاق وزعم أنه لم ينوه لم يصدق وذلك اذا كان عنده فى مذاكرة الطلاق وأبو حنيفة يطلق بالكنايات كلها اذا اقترنت بها هذه القرينة الا الأربع حبلك على غاربك واعتدى واستبرئى وتقنعى لأنها عنده من المحتملة غير الظاهرة وأما ألفاظ الطلاق المحتملة غير الظاهرة فعند مالك أنه يعتبر فيها نيته كالحال عند الشافعى فى الكناية الظاهرة وخالفه فى ذلك جمهور العلماء فقالوا ليس فيها شئ وان نوى طلاقا فيتحصل فى الكنايات الظاهرة ثلاثة أقوال قول أنه يصدق بإطلاق وهو قول الشافعى وقول أنه لا يصدق بإطلاق الا أن يكون هنالك قرينة وهو قول مالك وقول أنه يصدق الا أن يكون فى مذاكرة الطلاق وهو قول أبى حنيفة وفى المذهب خلاف فى مسائل يتردد حلها بين الظاهر والمحتمل وبين قوتها وضعفها فى الدلالة على صفة البينونة فوقع فيها الاختلاف وهى راجعة الى هذه الأصول وانما صار مالك الى أنه لا يقبل قوله فى الكنايات الظاهرة انه لم يرد به طلاقا لأن العرف اللغوى والشرعى شاهد عليه وذلك ان هذه الالفاظ انما تلفظ بها الناس غالبا والمراد بها الطلاق الا أن يكون هنالك قرينة تدل على خلاف ذلك وانما صار الى أنه لا يقبل قوله فيما يدعيه دون الثلاث لأن الظاهر من هذه الألفاظ هو البينونة والبينونة لا تقع الا خلعا عنده فى المشهور أو ثلاثا واذ لم تقع خلعا لانه ليس هناك عوض فبقى أن يكون ثلاثا وذلك فى المدخول بها ويتخرج على القول فى المذهب بأن البائن تقع من دون عوض ودون عدد أن يصدق فى ذلك وتكون واحدة بائنة وحجة الشافعى انه اذا وقع الاجماع على أنه يقبل قوله فيما دون الثلاث فى صريح ألفاظ الطلاق كان أحرى أن يقبل قوله فى كنايته لان دلالة الصريح أقوى من دلالة الكناية ويشبه أن تقول المالكية ان لفظ الطلاق وان كان صريحا فى الطلاق فليس بصريح فى العدد ومن الحجة للشافعى حديث ركانة المتقدم وهو مذهب عمر فى حبلك على غاربك وانما صار الشافعى الى أن الطلاق فى الكنايات الظاهرة اذا نوى ما دون الثلاث يكون رجعيا لحديث ركانة المتقدم وصار أبو حنيفة الى أنه يكون بائنا لانه المقصود به قطع العصمة ولم يجعله ثلاثا لان الثلاث معنى زائد على البينونة عنده فسبب اختلافهم هل يقدم عرف

اللفظ على النية أو النية على عرف اللفظ واذا غلبنا عرف اللفظ فهل يقتضي البينونة فقط أو العدد فمن قدم النية لم يقض عليه بعرف اللفظ ومن قدم العرف الظاهر لم يلتفت الى النية ومما اختلف فيه الصدر الاوّل وفقهاء الامصار من هذا الباب أعني من جنس المسائل الداخلة في هذا الباب لفظ التحريم أعني من قال لزوجته أنت على حرام وذلك أن مالكا قال يحمل في المدخول بها على البت أي الثلاث وينوي في غير المدخول بها وذلك على قياس قوله المتقدم في الكنايات الظاهرة وهو قول ابن أبي ليلى وزيد بن ثابت وعلى من الصحابة وبه قال أصحابه الا ابن الماجشون فانه قال لا ينوي في غير المدخول بها وتكون ثلاثا فهذا هو أحد الأقوال في هذه المسئلة والقول الثاني انه ان نوى بذلك ثلاثا فهي ثلاث وان نوى واحدة فهي واحدة بائنة وان نوى يمينا فهو يمين يكفرها وان لم ينو به طلاقا ولا يمينا فليس بشئ هي كذبة وقال بهذا القول الثوري والقول الثالث أنه يكون أيضا مانوى بها ان نوى واحدة فواحدة أو ثلاثا فثلاث وان لم ينو شيأ فهو يمين يكفرها وهذا القول قاله الاوزاعي والقول الرابع أنه ينوى فيها في الموضعين في ارادة الطلاق وفي عدده فما نوى كان ما نوى فان نوى واحدة كان رجعيا وان أراد تحريمها بغير طلاق فعليه كفارة يمين وهو قول الشافعي والقول الخامس انه ينوى أيضا في الطلاق وفي العدد فان نوى واحدة كانت بائنة فان لم ينو طلاقا كانت يمينا وهو مول فان نوى الكذب فليس بشئ وهذا القول قاله أبو حنيفة وأصحابه والقول السادس انها يمين يكفرها ما يكفر اليمين الا أن بعض هؤلاء قال يمين مغلظة وهو قول عمر وابن مسعود وابن عباس وجماعة من التابعين وقال ابن عباس وقد سئل عنها لقد كان لكم في رسول الله أسوة حسنة خرجه البخاري ومسلم ذهب الى الاحتجاج بقوله تعالى (يا أيها النبي لم تحرم ما أحل الله لك) الآية والقول السابع ان تحريم المرأة كتحريم الماء وليس فيه كفارة ولا طلاق لقوله تعالى (لا تحرموا طيبات ما أحل الله لكم) وهو قول مسروق والأجدع وأبي سلمة بن عبد الرحمن والشعبي وغيرهم ومن قال فيها انها غير مغلظة بعضهم أوجب فيها الواجب في الظهار وبعضهم أوجب فيها عتق رقبة وسبب الاختلاف هل هو يمين أو كناية أو ليس بيمين ولا كناية فهذه أصول ما يقع من الاختلاف في ألفاظ الطلاق

﴿ الفصل الثاني في ألفاظ الطلاق المقيدة ﴾

والطلاق المقيد لا يخلو من قسمين اما تقييد اشتراط أو تقييد استثناء والتقييد المشترط لا يخلو ان يعلق بمشيئة من له اختيار أو بوقوع فعل من الافعال المستقبلة أو بخروج شئ مجهول العلم الى الوجود على ما يدعيه المعلق للطلاق به مما لا يتوصل الى علمه الا بعد خروجه الى الحس أو الى الوجود أو بما لا سبيل الى الوقوف عليه مما هو ممكن ان يكون أو لا يكون فأما تعليق الطلاق بالمشيئة فانه لا يخلو ان يعلقه بمشيئة الله أو بمشيئة مخلوق فاذا علقه بمشيئة الله وسواء علقه على جهة الشرط مثل أن يقول أنت طالق ان شاء الله أو على جهة الاستثناء مثل ان يقول أنت طالق الا أن يشاء الله فان مالكا قال لا يؤثر الاستثناء في الطلاق شيأ وهو واقع ولا بد وقال أبو حنيفة والشافعي اذا استثنى المطلق مشيئة الله لم يقع الطلاق وسبب الخلاف هل يتعلق الاستثناء بالافعال الحاضرة الواقعة كتعلقه بالافعال المستقبلة أو لا يتعلق وذلك ان الطلاق هو فعل حاضر فمن قال لا يتعلق به قال لا يؤثر الاستثناء ولا اشتراط المشيئة في الطلاق ومن قال يتعلق به قال يؤثر فيه وأما ان علق الطلاق بمشيئة من تصح مشيئته ويتوصل الى علمها

بالجملة من الاحكام ومالا يلزمه فقال مالك يلزمه الطلاق والعتق والقود من الجراح والقتل ولم يلزمه النكاح ولا البيع وألزمه أبو حنيفة كل شئ وقال الليث كل ماجاء من منطق السكران فموضوع عنه ولا يلزمه طلاق ولا عتق ولا نكاح ولا بيع ولا حد فى قذف وكل ماجنته جوارحه فلازم له فيحد فى الشرب والقتل والزنا والسرقة وثبت عن عثمان بن عفان رضى الله عنه انه كان لا يرى طلاق السكران وزعم بعض أهل العلم انه لا مخالف لعثمان فى ذلك من الصحابة وقول من قال ان كل طلاق جائز الا طلاق المعتوه ليس نصا فى الزام السكران الطلاق لأن السكران معتوه تما وبه قال داود وأبو ثور واسحق وجماعة من التابعين أعنى أن طلاقه ليس يلزم وعن الشافعى القولان فى ذلك واختار أكثر أصحابه قوله الموافق للجمهور واختار المزنى من أصحابه أن طلاقه غير واقع وأما المريض الذى يطلق طلاقا بائنا ويموت من مرضه فان مالكا وجماعة يقول ترثه زوجته والشافعى وجماعة لا يورثها والذين قالوا بتوريثها انقسموا ثلاث فرق ففرقة قالت لها الميراث مادامت فى العدة وممن قال بذلك أبو حنيفة وأصحابه والثورى وقال قوم لها الميراث مالم تتزوج وممن قال بهذا أحمد وابن أبى ليلى وقال قوم بل ترث كانت فى العدة أولم تكن تزوجت أم لم تتزوج وهو مذهب مالك والليث وسبب الخلاف اختلافهم فى وجوب العمل بسد الذرائع وذلك أنه لما كان المريض يتهم فى أن يكون انما طلق فى مرضه زوجته ليقطع حظها من الميراث فمن قال بسد الذرائع أوجب ميراثها ومن لم يقل بسد الذرائع ولحظ وجوب الطلاق لم يوجب لها ميراثا وذلك ان هذه الطائفة تقول ان كان الطلاق قد وقع فيجب أن يقع بجميع أحكامه لانهم قالوا انه لا يرثها ان ماتت وان كان لم يقع فالزوجية باقية بجميع أحكامها ولابد لخصومهم من أحد الجوابين لأنه يعسر أن يقال ان فى الشرع نوعا من الطلاق توجد له بعض أحكام الطلاق و بعض أحكام الزوجية وأعسر من ذلك القول بالفرق بين أن يصح أولا يصح لأن هذا يكون طلاقا موقوف الحكم الى أن يصح أولا يصح وهذا كله مما يعسر القول به فى الشرع ولكن انما أنس القائلين به انه فتوى عثمان وعمر حتى زعمت المالكية انه اجماع الصحابة ولا معنى لقولهم فان الخلاف فيه عن ابن الزبير مشهور وأما من رأى انها ترث فى العدة فلان العدة عنده من بعض أحكام الزوجية وكانه شبهها بالمطلقة الرجعية وروى هذا القول عن عمر وعن عائشة وأما من اشترط فى توريثها مالم تتزوج فانه لحظ فى ذلك اجماع المسلمين على أن المرأة الواحدة لا ترث زوجين ولكون التهمة هى العلة عند الذين أوجبوا الميراث واختلفوا اذا طلبت هى الطلاق أو ملكها أمرها الزوج فطلقت نفسها فقال أبو حنيفة لا ترث أصلا وفرق الاوزاعى بين التمليك والطلاق فقال ليس لها الميراث فى التمليك ولها فى الطلاق وسوى مالك فى ذلك كله حتى لقد قال ان ماتت لا يرثها وترثه هى ان مات وهذا مخالف للاصول جدا

﴿ الباب الثالث فيمن يتعلق به الطلاق من النساء ومن لا يتعلق ﴾

وأما من يقع طلاقه من النساء فانهم اتفقوا على ان الطلاق يقع على النساء اللاتى فى عصمة أزواجهن أو قبل أن تنقضى عددهن فى الطلاق الرجعى وانه لا يقع على الاجنبيات أعنى الطلاق المطلق وأما تعليق الطلاق على الاجنبيات بشرط التزويج مثل أن يقول ان نكحت فلانة فهى طالق فان للعلماء فى ذلك ثلاثة مذاهب قول ان الطلاق لا يتعلق بأجنبية أصلا عم المطلق أو خص وهو قول الشافعى وأحمد وداود

وجماعة وقول انه يتعلق بشرط التزويج عمم المطلق جميع النساء أو خصص وهو قول أبي حنيفة وجماعة وقول انه ان عم جميع النساء لم يلزمه وان خصص لزمه وهو قول مالك وأصحابه أعني مثل أن يقول كل امرأة أتزوجها من بني فلان أو من بلد كذا فهي طالق وكذلك في وقت كذا فان هؤلاء يطلقن عند مالك اذا تزوجن وسبب الخلاف هل من شرط وقوع الطلاق وجود الملك متقدما بالزمان على الطلاق أم ليس ذلك من شرطه فمن قال هو من شرطه قال لا يتعلق الطلاق بالأجنبية ومن قال ليس من شرطه الا وجود الملك فقط قال يقع بالاجنبية وأما الفرق بين التعميم والتخصيص فاستحسان مبني على المصلحة وذلك انه اذا عمم فأوجبنا عليه التعميم لم يجد سبيلا الى النكاح الحلال فكان ذلك عنتا به وحرجا وكانه من باب نذر المعصية وأما اذا خصص فليس الأمر كذلك اذا ألزمناه الطلاق واحتج الشافعي بحديث عمرو ابن شعيب عن أبيه عن جده قال قال رسول الله صلى الله عليه وسلم لا طلاق الا من بعد نكاح وفي رواية أخرى لا طلاق فيما لا يملك ولا عتق فيما لا يملك وثبت ذلك عن علي ومعاذ وجابر بن عبد الله وابن عباس وعائشة وروى مثل قول أبي حنيفة عن عمر وابن مسعود وضعف قوم الرواية بذلك عن عمر رضي الله عنهم ﴿ الجملة الثالثة في الرجعة بعد الطلاق ﴾ ولما كان الطلاق على ضربين بائن ورجعي وكانت أحكام الرجعة بعد الطلاق البائن غير أحكام الرجعة بعد الطلاق الرجعي وجب أن يكون في هذا الجنس بابان الباب الأول في أحكام الرجعة في الطلاق الرجعي الباب الثاني في أحكام الارتجاع في الطلاق البائن

﴿ الباب الأول ﴾

وأجمع المسلمون على أن الزوج يملك رجعة الزوجة في الطلاق الرجعي مادامت في العدة من غير اعتبار رضاها لقوله تعالى (وبعولتهن أحق بردهن في ذلك) وان من شرط هذا الطلاق تقدم المسيس له واتفقوا على انها تكون بالقول والاشهاد واختلفوا هل الاشهاد شرط في صحتها أم ليس بشرط وكذلك اختلفوا هل تصح الرجعة بالوطء فأما الاشهاد فذهب مالك الى أنه مستحب وذهب الشافعي الى أنه واجب وسبب الخلاف معارضة القياس للظاهر وذلك ان ظاهر قوله تعالى (وأشهدوا ذوي عدل منكم) يقتضي الوجوب وتشبيه هذا الحق بسائر الحقوق التي يقبضها الانسان يقتضي أن لا يجب الاشهاد فكان الجمع بين القياس والآية حمل الآية على الندب وأما اختلافهم فيما تكون به الرجعة فان قوما قالوا لا تكون الرجعة الا بالقول فقط وبه قال الشافعي وقوم قالوا تكون رجعتها بالوطء وهؤلاء انقسموا قسمين فقال قوم لا تصح الرجعة بالوطء الا اذا نوى بذلك الرجعة لأن الفعل عنده يتنزل منزلة القول مع النية وهو قول مالك وأما أبو حنيفة فأجاز الرجعة بالوطء اذا نوى بذلك الرجعة ودون النية فأما الشافعي فقاس الرجعة على النكاح وقال قد أمر الله بالاشهاد ولا يكون الاشهاد الا على القول وأما سبب الاختلاف بين مالك وأبي حنيفة فان أبا حنيفة يرى ان الرجعية محللة الوطء عنده قياسا على المولى منها وعلى المظاهر منها ولأن الملك لم ينفصل عنده ولذلك كان التوارث بينهما وعند مالك ان وطء الرجعية حرام حتى يرتجعها فلابد عنده من النية فهذا هو اختلافهم في شروط صحة الرجعة واختلفوا في مقدار ما يجوز للزوج ان يطلع عليه من المطلقة الرجعية مادامت في العدة فقال مالك لا يخلو معها ولا يدخل عليها الا باذنها ولا ينظر الى شعرها ولا بأس ان يأكل معها اذا كان معهما غيرهما وحكى ابن القاسم انه رجع عن اباحة الأكل معها

وقال أبو حنيفة لا بأس ان تتزين الرجعية لزوجها وتتطيب له وتتشوف وتبدى البنان والكحل وبه قال الثورى وأبو يوسف والاوزاعى وكلهم قالوا لا يدخل عليها الا ان تعلم بدخوله بقول أو حركة من تنحنح أو خفق نعل واختلفوا من هذا الباب فى الرجل يطلق زوجته طلقة رجعية وهو غائب ثم يراجعها فيبلغها الطلاق ولا تبلغها الرجعة فتتزوج اذا انقضت عدتها فذهب مالك الى انها للذى عقد عليها النكاح دخل بها أولم يدخل هذا قوله فى الموطأ وبه قال الاوزاعى والليث وروى عنه ابن القاسم انه رجع عن القول الأول وانه قال الأول أولى بها الا أن يدخل الثانى وبالقول الأول قال المدنيون من أصحابه قالوا ولم يرجع عنه لأنه أثبته فى موطئه الى يوم مات وهو يقرأ عليه وهو قول عمر بن الخطاب ورواه عنه مالك فى الموطأ وأما الشافعى والكوفيون وأبو حنيفة وغيرهم فقالوا زوجها الأول الذى ارتجعها أحق بها دخل بها الثانى أولم يدخل وبه قال داود وأبو ثور وهو مروى عن علىّ وهو الابين وقد روى عن عمر ابن الخطاب رضى الله عنه أنه قال فى هذه المسئلة ان الزوج الذى ارتجعها مخير بين ان تكون امرأته أو ان يرجع عليها بما كان أصدقها وحجة مالك فى الرواية الاولى ما رواه ابن وهب عن يونس عن ابن شهاب عن سعيد بن المسيب أنه قال مضت السنة فى الذى يطلق امرأته ثم يراجعها فيكتمها رجعتها حتى تحل فتنكح زوجا غيره أنه ليس له من أمرها شئ ولكنها لمن تزوجها وقد قيل ان هذا الحديث انما يروى عن ابن شهاب فقط وحجة الفريق الأول ان العلماء قد أجمعوا على ان الرجعة صحيحة وان لم تعلم بها المرأة بدليل انهم قد أجمعوا على ان الأول أحق بها قبل ان تتزوج واذا كانت الرجعة صحيحة كان زواج الثانى فاسدا فان نكاح الغير لا تأثير له فى ابطال الرجعة لا قبل الدخول ولا بعد الدخول وهو الاظهر ان شاء الله ويشهد لهذا ما خرجه الترمذى عن سمرة بن جندب ان النبى صلى الله عليه وسلم قال أيما امرأة تزوجها اثنان فهى للاول منهما ومن باع بيعا من رجلين فهو للاول منهما

﴿ الباب الثانى ﴾

والطلاق البائن أما بما دون الثلاث فذلك يقع فى غير المدخول بها بلا خلاف وفى المختلعة باختلاف وهل يقع أيضا دون عوض فيه خلاف وحكم الرجعة بعد هذا الطلاق حكم ابتداء النكاح أعنى فى اشتراط الصداق والولى والرضا الا أنه لا يعتبر فيه انقضاء العدة عند الجمهور وشذ قوم فقالوا المختلعة لا يتزوجها زوجها فى العدة ولا غيره وهؤلاء كأنهم رأوا منع النكاح فى العدة عبادة وأما البائنة بالثلاث فان العلماء كلهم على أن المطلقة ثلاثا لا تحل لزوجها الأول الا بعد الوطء لحديث رفاعة بن سموال أنه طلق امرأته تميمة بنت وهب فى عهد رسول الله صلى الله عليه وسلم ثلاثا فنكحت عبد الرحمن بن الزبير فاعترض عنها فلم يستطع أن يمسها ففارقها فأراد رفاعة زوجها الأول أن ينكحها فذكر ذلك لرسول الله صلى الله عليه وسلم فنهاه عن تزويجها وقال لا تحل لك حتى تذوق العسيلة وشذ سعيد بن المسيب فقال انه جائز أن ترجع الى زوجها الأول بنفس العقد لعموم قوله تعالى (حتى تنكح زوجا غيره) والنكاح ينطلق على العقد وكلهم قال التقاء الختانين يحلها الا الحسن البصرى فقال لا تحل الا بوطء بانزال وجمهور العلماء على أن الوطء الذى يوجب الحد ويفسد الصوم والحج ويحل المطلقة ويحصن الزوجين ويوجب الصداق والتقاء الختانين وقال مالك وابن القاسم لا يحل المطلقة الا الوطء المباح الذى يكون فى العقد الصحيح

فى غير صوم أو حج أو حيض أو اعتكاف ولا يحل الذمية عندهما وطء زوج ذمى لمسلم ولا وطء من لم يكن بالغا وخالفهما فى ذلك كله الشافعى وأبو حنيفة والثورى والاوزاعى فقالوا يحل الوطء وان وقع فى عقد فاسد ووقت غير مباح وكذلك وطء المراهق عندهم يحل ويحل وطء الذمى الذمية للمسلم وكذلك المجنون عندهم والخصى الذى يبقى له مايغيبه فى الفرج والخلاف فى هذا كله آيل الى هل يتناول اسم النكاح أصناف الوطء الناقص أم لا يتناوله واختلفوا من هذا الباب فى نكاح المحلل أعنى اذا تزوجها على شرط أن يحلها لزوجها الأول فقال مالك النكاح فاسد يفسخ قبل الدخول وبعده والشرط فاسد لا تحل به ولا يعتبر فى ذلك عنده ارادة المرأة التحليل وانما يعتبر عنده ارادة الرجل وقال الشافعى وأبو حنيفة النكاح جائز ولا تؤثر النية فى ذلك وبه قال داود وجماعة وقالوا هو محلل للزوج المطلق ثلاثا وقال بعضهم النكاح جائز والشرط باطل أى ليس يحلها وهو قول ابن أبى ليلى وروى عن الثورى واستدل مالك وأصحابه بما روى عن النبى صلى الله عليه وسلم من حديث على بن أبى طالب وابن مسعود وأبى هريرة وعقبة بن عامر أنه قال صلى الله عليه وسلم لعن الله المحلل والمحلل له فلعنه اياه كلعنه آكل الربا وشارب الخمر وذلك يدل على النهى والنهى يدل على فساد المنهى عنه واسم النكاح الشرعى لا ينطلق على النكاح المنهى عنه وأما الفريق الآخر فتعلق بعموم قوله تعالى (حتى تنكح زوجا غيره) وهذا ناكح وقالوا وليس فى تحريم قصد التحليل ما يدل على أن عدمه شرط فى صحة النكاح كما أنه ليس النهى عن الصلاة فى الدار المغصوبة بما يدل على أن من شرط صحة الصلاة صحة ملك البقعة أو الاذن من مالكها فى ذلك قالوا واذا لم يدل النهى على فساد عقد النكاح فأحرى أن لا يدل على بطلان التحليل وانما لم يعتبر مالك قصد المرأة لأنه اذا لم يوافقها على قصدها لم يكن لقصدها معنى مع ان الطلاق ليس بيدها واختلفوا فى هل يهدم الزوج مادون الثلاث فقال أبو حنيفة يهدم وقال مالك والشافعى لا يهدم أعنى اذا تزوجت قبل الطلقة الثالثة غير الزوج الأول ثم راجعها هل يعتد بالطلاق الأول أم لا فمن رأى ان هذا شئ يخص الثالثة بالشرع قال لا يهدم مادون الثالثة عنده ومن رأى انه اذا هدم الثالثة فهو أحرى أن يهدم مادونها قال يهدم مادون الثلاث والله أعلم

﴿ الجملة الرابعة ﴾ وهذه الجملة فيها بابان الأول فى العدة الثانى فى المتعة

﴿ الباب الأول ﴾

والنظر فى هذا الباب فى فصلين الفصل الأول فى عدة الزوجات الفصل الثانى فى عدة ملك اليمين

﴿ الفصل الأول ﴾

والنظر فى عدة الزوجات ينقسم الى نوعين أحدهما فى معرفة العدة والثانى فى معرفة أحكام العدة

﴿ النوع الأول ﴾ وكل زوجة فهى اما حرة واما أمة وكل واحدة من هاتين اذا طلقت فلا يخلو أن تكون مدخولا بها أو غير مدخول بها فأما غير المدخول بها فلا عدة عليها باجماع لقوله تعالى (فما لكم عليهن من عدة تعتدونها) وأما المدخول بها فلا يخلو أن تكون من ذوات الحيض أو من غير ذوات الحيض وغير ذوات الحيض اما صغار واما يائسات وذوات الحيض اما حوامل واما جاريات على عادتهن فى الحيض اما مرتفعات الحيض واما مستحاضات والمرتفعات الحيض فى سن الحيض اما مرتابات بالحمل أى بحس البطن واما غير مرتابات وغير المرتابات اما معروفات سبب انقطاع الحيض من رضاع أو مرض واما غير

معروفات فأما ذوات الحيض الاحرار الجاريات فى حيضهن على المعتاد فعدتهن ثلاثة قروء والحوامل منهن عدتهن وضع حملهن واليائسات منهن عدتهن ثلاثة أشهر ولا خلاف فى هذا لأنه منصوص عليه فى قوله تعالى (والمطلقات يتربصن بأنفسهن ثلاثة قروء) الآية وفى قوله تعالى (واللائى يئسن من المحيض من نسائكم ان ارتبتم) الآية واختلفوا من هذه الآية فى الأقراء ماهى فقال قوم هى الاطهار أعنى الازمنة التى بين الدمين وقال قوم هى الدم نفسه وممن قال ان الاقراء هى الاطهار أما من فقهاء الامصار فمالك والشافعى وجمهور أهل المدينة وأبو ثور وجماعة وأما من الصحابة فابن عمر وزيد بن ثابت وعائشة وممن قال ان الاقراء هى الحيض أما من فقهاء الامصار فأبو حنيفة والثورى والأوزاعى وابن أبى ليلى وجماعه وأما من الصحابة فعلى وعمر بن الخطاب وابن مسعود وأبو موسى الاشعرى وحكى الاثرم عن أحمد انه قال الأكابر من أصحاب رسول الله صلى الله عليه وسلم يقولون الاقراء هى الحيض وحكى أيضا عن الشعبى انه قول احد عشر أو اثنى عشر من أصحاب رسول الله صلى الله عليه وسلم وأما أحمد ابن حنبل فاختلفت الرواية عنه فروى عنه انه كان يقول انها الاطهار على قول زيد بن ثابت وابن عمر وعائشة ثم توقفت الآن من أجل قول على وابن مسعود هو انها الحيض والفرق بين المذهبين هو ان من رأى انها الاطهار رأى انها اذا دخلت الرجعية عنده فى الحيضة الثالثة لم يكن للزوج عليها رجعة وحلت للازواج ومن رأى انها الحيض لم تحل عنده حتى تنقضى الحيضة الثالثة وسبب الخلاف اشتراك اسم القرء فانه يقال فى كلام العرب على حد سواء على الدم وعلى الاطهار وقد رام كلا الفريقين ان يدل على ان اسم القرء فى الآية ظاهر فى المعنى الذى يراه فالذين قالوا انها الاطهار قالوا ان هذا الجمع خاص بالقرء الذى هو الطهر وذلك ان القرء الذى هو الحيض يجمع على اقراء لا على قروء وحكوا ذلك عن ابن الانبارى وأيضا فانهم قالوا ان الحيضة مؤنثة والطهر مذكر فلو كان القرء الذى يراد به الحيض لما ثبت فى جمعه الهاء لأن الهاء لا تثبت فى جمع المؤنث فيما دون العشرة وقالوا أيضا ان الاشتقاق يدل على ذلك لأن القرء مشتق من قرأت الماء فى الحوض أى جمعته فزمان اجتماع الدم هو زمان الطهر فهذا هو أقوى ما تمسك به الفريق الأول من ظاهر الآية وأما ما تمسك به الفريق الثانى من ظاهر الآية فانهم قالوا ان قوله تعالى (ثلاثة قروء) ظاهر فى تمام كل قرء منها لأنه ليس ينطلق اسم القرء على بعضه الا تجوزا واذا وصفت الاقراء بانها هى الاطهار أمكن أن تكون العدة عندهم بقرأين و بعض قرء لأنها عندهم تعتد بالطهر الذى تطلق فيه وان مضى أكثره واذا كان ذلك كذلك فلا ينطلق عليها اسم الثلاثة الا تجوزا واسم الثلاثة ظاهر فى كمال كل قرء منها وذلك لا يتفق الا بان تكون الاقراء هى الحيض لأن الاجماع منعقد على انها ان طلقت فى حيضة انها لا تعتد بها ولكل واحد من الفريقين احتجاجات متساوية من جهة لفظ القرء والذى رضيه الحذاق ان الآية مجملة فى ذلك وان الدليل ينبغى أن يطلب من جهة أخرى فمن أقوى ما تمسك به من رأى ان الأقراء هى الاطهار حديث ابن عمر المتقدم وقوله صلى الله عليه وسلم مره فليراجعها حتى تحيض ثم تطهر ثم تحيض ثم تطهر ثم يطلقها ان شاء قبل أن يمسها فتلك العدة التى أمر الله أن يطلق لها النساء قالوا واجماعهم على أن طلاق السنة لا يكون الا فى طهر لم تمس فيه وقوله عليه الصلاة والسلام فتلك العدة التى أمر الله أن يطلق لها النساء دليل واضح على ان العدة هى الاطهار

لكى يكون الطلاق متصلا بالعدة ويمكن أن يتأول قوله فتلك العدة أى فتلك مدة استقبال العدة لئلا يتبعض القرء بالطلاق فى الحيض وأقوى ما تمسك به الفريق الثانى ان العدة انما شرعت لبراءة الرحم وبراءتها انما تكون بالحيض لا بالاطهار ولذلك كان عدة من ارتفع الحيض عنها بالأيام فالحيض هو سبب العدة بالاقراء فوجب ان تكون الاقراء هى الحيض واحتج من قال الاقراء هى الاطهار بان قال المعتبر فى براءة الرحم هو النقلة من الطهر الى الحيض لا انقضاء الحيض فلا معنى لاعتبار الحيضة الاخيرة واذا كان ذلك فالثلاث المعتبر فيهن التمام أعنى المشترط هى الاطهار التى بين الحيضتين ولكلا الفريقين احتجاجات طويلة ومذهب الحنفية أظهر من جهة المعنى وحجتهم من جهة المسموع متساوية أو قريب من متساوية ولم يختلف القائلون ان العدة هى الاطهار انها تنقضى بدخولها فى الحيضة الثالثة واختلف الذين قالوا انها الحيض فقيل تنقضى بانقطاع الدم من الحيضة الثالثة وبه قال الأوزاعى وقيل حين تغتـ[illegible] الحيضة الثالثة وبه قال من الصحابة عمر بن الخطاب وعلى وابن مسعود ومن الفقهاء الثورى [illegible] يمضى وقت الصلاة التى طهرت فى وقتها وقيل ان للزوج عليها الر[illegible] [illegible]ل عشرين سنة حكى هذا عن شريك وقد قيل تنقضى بدخولها فى الحيضة [illegible]سد فهذه هى حال الحائض التى تحيض وأما التى تطلق فلا تحيض وهى فى سن الحيض [illegible] ريبة حمل ولا سبب من رضاع ولا مرض فانها تنتظر عند مالك تسعة أشهر فان لم تحض [illegible]دت بثلاثة أشهر فان حاضت قبل ان تستكمل الثلاثة الاشهر اعتبرت الحيض واستقبلت انتظاره فان مر بها تسعة أشهر قبل ان تحيض الثانية اعتدت ثلاثة أشهر فان حاضت قبل أن تستكمل الثلاثة الاشهر من العام الثانى انتظرت الحيضة الثالثة فان مر بها تسعة أشهر قبل ان تحيض اعتدت ثلاثة أشهر فان حاضت الثالثة فى الثلاثة الاشهر كانت قد استكملت عدة الحيض وتمت عدتها ولزوجها عليها الرجعة ما لم تحل واختلف عن مالك من متى تعتد بالتسعة أشهر فقيل من يوم طلقت وهو قوله فى الموطأ وروى ابن القاسم عنه من يوم رفعتها حيضتها وقال أبو حنيفة والشافعى والجمهور فى التى ترتفع حيضتها وهى لا تيأس منها فى المستأنف انها تبقى أبدا تنتظر حتى تدخل فى السن الذى تيأس فيه من المحيض وحينئذ تعتد بالاشهر وتحيض قبل ذلك وقول مالك مروى عن عمر بن الخطاب وابن عباس وقول الجمهور قول ابن مسعود وزيد وعمدة مالك من طريق المعنى هو ان المقصود بالعدة انما هو ما يقع به براءة الرحم ظنا غالبا بدليل انه قد تحيض الحامل واذا كان ذلك كذلك فمدة الحمل كافية فى العلم ببراءة الرحم بل هى قاطعة على ذلك ثم تعتد بثلاثة أشهر عدة اليائسة فان حاضت قبل تمام السنة حكم لها بحكم ذوات الحيض واحتسبت بذلك القرء ثم تنتظر القرء الثانى أو السنة الى ان تمضى لها ثلاثة اقراء وأما الجمهور فصاروا الى ظاهر قوله تعالى (واللائى يئسن من المحيض من نسائكم ان ارتبتم فعدتهن ثلاثة أشهر) والتى هى من أهل الحيض ليست بيائسة وهذا الرأى فيه عسر وحرج ولو قيل انها تعتد بثلاثة أشهر لكان جيدا اذا فهم من اليائسة التى لا يقطع بانقطاع حيضتها وكان قوله ان ارتبتم راجعا الى الحكم لا الى الحيض على ما تأوله مالك عليه فكان مالكا لم يطابق مذهبه تأويله الآية فانه فهم من اليائسة هنا من تقطع على أنها ليست من أهل الحيض وهذا لا يكون الا من قبل السن ولذلك جعل قوله ان ارتبتم راجعا

الى الحكم لا الى الحيض أى ان شككتم فى حكمهن ثم قال فى التى تبقى تسعة أشهر لا تحيض وهى فى سن من تحيض انها تعتد بالاشهر وأما اسماعيل وابن بكير من أصحابه فذهبوا الى ان الريبة ههنا فى الحيض وان اليائس فى كلام العرب هو مالم يحكم عليه بما يئس منه بالقطع فطابقوا بتأويل الآية مذهبهم الذى هو مذهب مالك ونعم مافعلوا لأنه ان فهم ههنا من اليائس القطع فقد يجب ان تنتظر الدم وتعتد به حتى تكون فى هذا السن أعنى سن اليائس وان فهم من اليائس مالا يقطع بذلك فقد يجب ان تعتد التى انقطع دمها عن العادة وهى فى سن من تحيض بالاشهر وهو قياس قول أهل الظاهر لأن اليائسة فى الطرفين ليس هى عندهم من أهل العدة لا بالاقراء ولا بالشهور وأما الفرق فى ذلك بين ماقبل التسعة ومابعدها فاستحسان وأما التى ارتفعت حيضتها لسبب معلوم مثل رضاع أو مرض فان المشهور عند مالك انها تنتظر الحيض قصر الزمان أم طال وقد قيل ان المريضة مثل التى ترتفع حيضتها لغير سبب وأما المستحاضة فعدتها عند مالك سنة اذا لم تميز بين الدمين فان ميزت بين الدمين فعنه روايتان احداهما ان عدتها السنة والاخرى انها تعمل على التمييز فتعتد بالاقراء وقال أبو حنيفة عدتها الاقراء ان ميزت لها وان لم تميز لها فثلاثة أشهر وقال الشافعى عدتها بالتمييز اذا انفصل عنها الدم فيكون الاحمر القانى من الحيضة ويكون الاصفر من أيام الطهر فان طبق عليها الدم اعتدت بعدد أيام حيضتها فى صحتها وانما ذهب مالك الى بناء السنة لأنه جعلها مثل التى لا تحيض وهى من أهل الحيض والشافعى انما ذهب فى العارفة أيامها انها تعمل على معرفتها قياسا على الصلاة لقوله صلى الله عليه وسلم للمستحاضة اتركى الصلاة أيام اقرائك فاذا ذهب عنك قدرها فاغسلى الدم وانما اعتبر التمييز من اعتبره لقوله صلى الله عليه وسلم لفاطمة بنت حبيش اذا كان دم الحيض فانه دم أسود يعرف فاذا كان ذلك فامسكى عن الصلاة فاذا كان الآخر فتوضئى وصلى فانما هو عرق خرجه أبو داود وانما ذهب من ذهب الى عدتها بالشهور اذا اختلط عليها الدم لانه معلوم فى الاغلب انها فى كل شهر تحيض وقد جعل الله العدة بالشهور عند ارتفاع الحيض وخفاؤه كارتفاعه وأما المسترابة أعنى التى تجد حسا فى بطنها تظن به أنه حمل فانها تمكث أكثر مدة الحمل وقد اختلف فيه فقيل فى المذهب أربع سنين وقيل خمس سنين وقال أهل الظاهر تسعة أشهر ولا خلاف ان انقضاء عدة الحوامل لوضع حملهن أعنى المطلقات لقوله تعالى (وأولات الاحمال أجلهن أن يضعن حملهن) وأما الزوجات غير الحرائر فانهن ينقسمن أيضا بتلك الاقسام بعينها أعنى حيضا ويائسات ومستحاضات ومرتفعات الحيض من غير يائسات فأما الحيض اللاتى يأتيهن حيضهن فالجمهور على أن عدتهن حيضتان وذهب داود وأهل الظاهر الى أن عدتهن ثلاث حيض كالحرة وبه قال ابن سيرين فأهل الظاهر اعتمدوا عموم قوله تعالى (والمطلقات يتربصن بأنفسهن ثلاثة قروء) وهى ممن ينطلق عليها اسم المطلقة واعتمد الجمهور تخصيص هذا العموم بقياس الشبه وذلك انهم شبهوا الحيض بالطلاق والحد أعنى كونه متنصفا مع الرق وانما جعلوها حيضتين لأن الحيضة الواحدة لا تتبعض وأما الأمة المطلقة اليائسة من المحيض أو الصغيرة فان مالكا وأكثر أهل المدينة قالوا عدتها ثلاثة أشهر وقال الشافعى وأبو حنيفة والثورى وأبو ثور وجماعة عدتها شهر ونصف شهر نصف عدة الحرة وهو القياس اذا قلنا بتخصيص العموم فكان مالكا اضطرب قوله فمرة أخذ بالعموم وذلك فى اليائسات ومرة أخذ بالقياس وذلك فى ذوات الحيض والقياس فى ذلك واحد

وأما التى ترتفع حيضتها من غير سبب فالقول فيها هو القول فى الحرة والخلاف فى ذلك وكذلك المستحاضه واتفقوا على أن المطلقة قبل الدخول لا عدة عليها واختلفوا فيمن راجع امرأته فى العدة من الطلاق الرجعى ثم فارقها قبل أن يمسها هل تستأنف عدة أم لا فقال جمهور فقهاء الأمصار تستأنف العدة وقالت فرقة تبنى فى عدتها من طلاقها الأول وهو أحد قولى الشافعى وقال داود ليس عليها أن تتم عدتها ولا عدة مستأنفة وبالجملة فعند مالك ان كل رجعة تهدم العدة وان لم يكن مسيس ماخلا رجعة المولى وقال الشافعى اذا طلقها بعد الرجعة وقبل الوطء ثبتت على عدتها الاولى وقول الشافعى أظهر وكذلك عند مالك رجعة المعسر بالنفقة تقف صحتها عنده على الانفاق فان أنفق صحت الرجعة وهدمت العدة ان كان طلاقا وان لم ينفق بقيت على عدتها الاولى واذا تزوجت ثانيا فى العدة فعن مالك فى ذلك روايتان احداهما تداخل العدتين والأخرى نفيه فوجه الاولى اعتبار براءة الرحم لأن ذلك حاصل مع التداخل ووجه الثانية كون العدة عبادة فوجب أن تتعدد بتعدد الوطء الذى له حرمة واذا اعتقت الأمة فى عدة الطلاق مضت على عدة الامة عند مالك ولم تنتقل الى عدة الحرة وقال أبو حنيفة تنتقل فى الطلاق الرجعى دون البائن وقال الشافعى تنتقل فى الوجهين معا وسبب الخلاف هل العدة من أحكام الزوجية أم من أحكام انفصالها فمن قال من أحكام الزوجية قال لا تنتقل عدتها ومن قال من أحكام انفصال الزوجية قال تنتقل كالو أعتقت وهى زوجة ثم طلقت وأما من فرق بين البائن والرجعى فبين وذلك ان الرجعى فيه شبه من أحكام العصمة ولذلك وقع فيه الميراث باتفاق اذا ماتت وهى فى عدة من طلاق رجعى وأنها تنتقل الى عدة الموت فهذا هو القسم الأول من قسمى النظر فى العدة ﴿ القسم الثانى ﴾ وأما النظر فى أحكام العدد فانهم اتفقوا على أن للمعتدة الرجعية النفقة والسكنى وكذلك الحامل لقوله تعالى فى الرجعيات (أسكنوهن من حيث سكنتم من وجدكم) الآية ولقوله تعالى (وان كن أولات حمل فأنفقوا عليهن حتى يضعن حملهن) واختلفوا فى سكنى المبتوتة ونفقتها اذا لم تكن حاملا على ثلاثة أقوال أحدها أن لها السكنى والنفقة وهو قول الكوفيين والقول الثانى أنه لا سكنى لها ولا نفقة وهو قول أحمد وداود وأبى ثور واسحق وجماعة والثالث أن لها السكنى ولا نفقة لها وهو قول مالك والشافعى وجماعة وسبب اختلافهم اختلاف الرواية فى حديث فاطمة بنت قيس ومعارضة ظاهر الكتاب له فاستدل من لم يوجب لها نفقة ولا سكنى بما روى فى حديث فاطمة بنت قيس أنها قالت طلقنى زوجى ثلاثا على عهد رسول الله صلى الله عليه وسلم فأتيت النبى صلى الله عليه وسلم فلم يجعل لى سكنى ولا نفقة خرجه مسلم وفى بعض الروايات أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال انما السكنى والنفقة لمن لزوجها عليها الرجعة وهذا القول مروى عن على وابن عباس وجابر بن عبد الله وأما الذين أوجبوا لها السكنى دون النفقة فانهم احتجوا بما رواه مالك فى موطئه من حديث فاطمة المذكورة وفيه فقال لها رسول الله صلى الله عليه وسلم ليس لك عليه نفقة وأمرها أن تعتد فى بيت ابن أم مكتوم ولم يذكر فيها اسقاط السكنى فبقى على عمومه فى قوله تعالى (أسكنوهن من حيث سكنتم من وجدكم) وعللوا أمره عليه الصلاة والسلام لها بان تعتد فى بيت ابن أم مكتوم بانه كان فى لسانها بذاء وأما الذين أوجبوا لها السكنى والنفقة فصاروا الى وجوب السكنى لها بعموم قوله (أسكنوهن من حيث سكنتم من وجدكم) وصاروا الى وجوب النفقة لها لكون النفقة

الطلاق ليس بيد أحد سوى الزوج أو من يوكله الزوج واختلف أصحاب مالك فى الحكمين يطلقان ثلاثا فقال ابن القاسم تكون واحدة وقال أشهب والمغيرة تكون ثلاثا ان طلقاها ثلاثا والأصل ان الطلاق بيد الرجل الا أن يقوم دليل على غير ذلك وقد احتج الشافعى وأبو حنيفة بما روى فى حديث على هذا أنه قال للحكمين هل تدريان ما عليكما ان رأيتما أن تجمعا جمعتما وان رأيتما أن تفرقا فرقتما فقالت المرأة رضيت بكتاب الله و بما فيه لى وعلىّ فقال الرجل اما الفرقة فلا فقال علىّ لا والله لا تنقلب حتى تقر بمثل ما أقرت به المرأة قال فاعتبر فى ذلك اذنه ومالك يشبه الحكمين بالسلطان والسلطان يطلق بالضرر عند مالك اذا تبين

﴿ بسم الله الرحمن الرحيم وصلى الله على سيدنا محمد وآله وصحبه وسلم تسليما ﴾

﴿ كتاب الايلاء ﴾

والأصل فى هذا الباب قوله تعالى (للذين يؤلون من نسائهم تربص أربعة أشهر) والايلاء هو أن يحلف الرجل أن لا يطأ زوجته اما مدة هى أكثر من أربعة أشهر أو أربعة أشهر أو باطلاق على الاختلاف المذكور فى ذلك فيما بعد واختلف فقهاء الأمصار فى الايلاء فى مواضع فمنها هل تطلق المرأة بانقضاء الأربعة الأشهر المضروبة بالنص للمولى أم انما تطلق بان يوقف بعد الاربعة الاشهر فاما فاء واما طلق ومنها هل الايلاء يكون بكل يمين أم بالايمان المباحة فى الشرع فقط ومنها ان أمسك عن الوطء بغير يمين هل يكون موليا أم لا ومنها هل المولى هو الذى قيد يمينه بمدة من أربعة أشهر فقط أو أكثر من ذلك أو المولى هو الذى لم يقيد يمينه بمدة أصلا ومنها هل طلاق الايلاء بائن أو رجعى ومنها ان أبى الطلاق والفىء هل يطلق القاضى عليه أم لا ومنها هل يتكرر الايلاء اذا طلقها ثم راجعها من غير ايلاء حادث فى الزواج الثانى ومنها هل من شرط رجعة المولى أن يطأها فى العدة أم لا ومنها هل ايلاء العبد حكمه أن يكون مثل ايلاء الحر أم لا ومنها هل اذا طلقها بعد انقضاء مدة الايلاء تلزمها عدة أم لا فهذه هى مسائل الخلاف المشهورة فى الايلاء بين فقهاء الامصار التى تتنزل من هذا الباب منزلة الاصول ونحن نذكر خلافهم فى مسئلة مسئلة منها وعيون أدلتهم وأسباب خلافهم على ما قصدنا

(المسئلة الاولى) اما اختلافهم هل تطلق بانقضاء الاربعة الاشهر نفسها أم لا تطلق وانما الحكم أن يوقف فاما فاء واما طلق فان مالكا والشافعى وأحمد وأبا ثور وداود والليث ذهبوا الى أنه يوقف بعد انقضاء الاربعة الاشهر فاما فاء واما طلق وهو قول على وابن عمر وان كان قد روى عنهما غير ذلك لكن الصحيح هو هذا وذهب أبو حنيفة وأصحابه والثورى وبالجملة الكوفيون الى أن الطلاق يقع بانقضاء الاربعة الاشهر الا ان يفىء فيها وهو قول ابن مسعود وجماعة من التابعين وسبب الخلاف هل قوله تعالى (فان فاؤا فان الله غفور رحيم) أى فان فاؤا قبل انقضاء الاربعة الاشهر أو بعدها فمن فهم منه قبل انقضائها قال يقع الطلاق ومعنى العزم عنده فى قوله تعالى (وان عزموا الطلاق فان الله سميع عليم) ان لا يفىء حتى تنقضى المدة فمن فهم من اشتراط الفيئة اشتراطها بعد انقضاء المدة قال معنى قوله (وان عزموا الطلاق) أى باللفظ (فان الله سميع عليم) وللمالكية فى الآية أربعة أدلة أحدها انه جعل مدة التربص حقا للزوج دون الزوجة فاشبهت مدة الأجل فى الديون المؤجلة الدليل الثانى ان

الله تعالى أضاف الطلاق الى فعله وعندهم ليس يقع من فعله الا تجوزا أعني ليس ينسب اليه على مذهب الحنفية الا تجوزا وليس يعتار الى المجاز عن الظاهر الا بدليل الدليل الثالث قوله تعالى (وان عزموا الطلاق فان الله سميع عليم) قالوا فهذا يقتضي وقوع الطلاق على وجه يسمع وهو وقوعه باللفظ لا بانقضاء المدة الرابع ان الفاء في قوله تعالى (فان فاؤا فان الله غفور رحيم) ظاهرة في معنى التعقيب فدل ذلك على أن الفيئة بعد المدة ور بما شبهوا هذه المدة بمدة العنة وأما أبو حنيفة فانه اعتمد في ذلك تشبيه هذه المدة بالعدة الرجعية اذ كانت العدة انما شرعت لئلا يقع منه ندم وبالجملة فشبهوا الايلاء بالطلاق الرجعي وشبهوا المدة بالعدة وهو شبه قوي وقد روى ذلك عن ابن عباس ﴿ المسئلة الثانية ﴾ وأما اختلافهم في اليمين التي يكون بها الايلاء فان مالكا قال يقع الايلاء بكل يمين وقال الشافعي لا يقع الا بالايمان المباحة في الشرع وهي اليمين بالله أو بصفة من صفاته فمالك اعتمد العموم أعني عموم قوله تعالى (للذين يؤلون من نسائهم تربص أربعة أشهر) والشافعي يشبه الايلاء بيمين الكفارة وذلك ان كلا اليمينين يترتب عليهما حكم شرعي فوجب ان تكون اليمين التي ترتب عليها حكم الايلاء هي اليمين التي ترتب عليها الحكم الذي هو الكفارة ﴿ المسئلة الثالثة ﴾ وأما لحوق حكم الايلاء للزوج اذا ترك الوطء بغير يمين فان الجمهور على أنه لا يلزمه حكم الايلاء بغير يمين ومالك يلزمه وذلك اذا قصد الاضرار بترك الوطء وان لم يحلف على ذلك فالجمهور اعتمدوا الظاهر ومالك اعتمد المعنى لان الحكم انما لزمه باعتقاده ترك الوطء وسواء شد ذلك الاعتقاد بيمين أو بغير يمين لان الضرر يوجد في الحالتين جميعا ﴿ المسئلة الرابعة ﴾ وأما اختلافهم في مدة الايلاء فان مالكا ومن قال بقوله يرى ان مدة الايلاء يجب أن تكون أكثر من أربعة أشهر اذ كان الفيء عنده انما هو بعد الاربعة الاشهر وأما أبو حنيفة فان مدة الايلاء عنده هي الاربعة الاشهر فقط اذ كان الفيء عنده انما هو فيها وذهب الحسن وابن أبي ليلى الى انه اذا حلف وقتاما وان كان أقل من أربعة أشهر كان موليا يضرب له الاجل الى انقضاء الاربعة الاشهر من وقت اليمين وروى عن ابن عباس ان المولى هو من حلف ان لا يصيب امرأته على التأبيد والسبب في اختلافهم في المدة اطلاق الآية فاختلافهم في وقت الفيء وفي صفة اليمين ومدته هو كون الآية عامة في هذه المعاني أو مجملة وكذلك اختلافهم في صفة المولى والمولى منها ونوع الطلاق على ما سيأتي بعد وأما ما سوى ذلك فسبب اختلافهم فيه هو سبب السكوت عنها وهذه هي أركان الايلاء أعني معرفة نوع اليمين ووقت الفيء والمدة وصفة المولى والمولى منها ونوع الطلاق الواقع فيه ﴿ المسئلة الخامسة ﴾ فاما الطلاق الذي يقع بالايلاء فعند مالك والشافعي انه رجعي لان الاصل ان كل طلاق وقع بالشرع انه يحمل على انه رجعي الى ان يدل الدليل على انه بائن وقال أبو حنيفة وأبو ثور هو بائن قالوا وذلك انه ان كان رجعيا لم يزل الضرر عنها بذلك لانه يجبرها على الرجعة فسبب الاختلاف معارضة المصلحة المقصودة بالايلاء للاصل المعروف في الطلاق فمن غلب الاصل قال رجعي ومن غلب المصلحة قال بائن ﴿ المسئلة السادسة ﴾ وأما هل يطلق القاضي اذا أبى الفيء أو الطلاق أو يحبس حتى يطلق فان مالكا قال يطلق القاضي عليه وقال أهل الظاهر يحبس حتى يطلقها بنفسه وسبب الخلاف معارضة الاصل المعروف في الطلاق للمصلحة فمن راعى الاصل المعروف في الطلاق قال لا يقع طلاق الا من الزوج ومن

راعى الضرر الداخل من ذلك على النساء قال يطلق السلطان وهو نظر الى المصلحة العامة وهذا هو الذى يعرف بالقياس المرسل والمنقول عن مالك العمل به وكثير من الفقهاء يأبى ذلك ﴿ المسئلة السابعة ﴾ وأما هل يتكرر الايلاء اذا طلقها ثم راجعها فان مالكا يقول اذا راجعها فلم يطأها تكرر الايلاء عليه وهذا عنده فى الطلاق الرجعى والبائن وقال أبو حنيفة الطلاق البائن يسقط الايلاء وهو أحد قولى الشافعى وهذا القول هو الذى اختاره المزنى وجماعة العلماء على أن الايلاء لا يتكرر بعد الطلاق الا باعادة اليمين والسبب فى اختلافهم معارضة المصلحة لظاهر شرط الايلاء وذلك انه لا ايلاء فى الشرع الا حيث يكون يمين فى ذلك النكاح بنفسه لا فى نكاح آخر ولكن ان راعينا هذا وجد الضرر المقصود ازالته بحكم الايلاء ولذلك رأى مالك انه يحكم بحكم الايلاء بغير يمين اذا وجد معنى الايلاء ﴿ المسئلة الثامنة ﴾ وأما هل تلزم الزوجة المولى منها عدة أو ليس تلزمها فان الجمهور على ان العدة تلزمها وقال جابر بن زيد لا تلزمها عدة اذا كانت قد حاضت فى مدة الاربعة أشهر ثلاث حيض وقال بقوله طائفة وهو مروى عن ابن عباس وحجته ان العدة انما وضعت لبراءة الرحم وهذه قد حصلت لها البراءة وحجة الجمهور انها مطلقة فوجب ان تعتد كسائر المطلقات وسبب الخلاف ان العدة جمعت عبادة ومصلحة فمن لحظ جانب المصلحة لم ير عليها عدة ومن لحظ جانب العبادة أوجب عليها العدة ﴿ المسئلة التاسعة ﴾ وأما ايلاء العبد فان مالكا قال ايلاء العبد شهران على النصف من ايلاء الحر قياسا على حدوده وطلاقه وقال الشافعى وأهل الظاهر ايلاؤه مثل ايلاء الحر أربعة أشهر تمسكا بالعموم والظاهر ان تعلق الايمان بالحر والعبد سواء والايلاء يمين وقياسا أيضا على مدة العنين وقال أبو حنيفة النقص الداخل على الايلاء معتبر بالنساء لا بالرجال كالعدة فان كانت المرأة حرة كان الايلاء ايلاء الحر وان كان الزوج عبدا وان كانت أمة فعلى النصف وقياس الايلاء على الحد غير جيد وذلك ان العبد انما كان حده أقل من حد الحر لان الفاحشة منه أقل قبحا ومن الحر أعظم قبحا ومدة الايلاء انما ضربت جمعا بين التوسعة على الزوج وبين ازالة الضرر عن الزوجة فاذا فرضنا مدة أقصر من هذه كان أضيق على الزوج وأنفى للضرر عن الزوجة والحر أحق بالتوسعة ونفى الضرر عنه فلذلك كان يجب على هذا القياس أن لا ينقص من الايلاء الا اذا كان الزوج عبدا والزوجة حرة فقط وهذا لم يقل به أحد فالواجب التسوية والذين قالوا بتأثير الرق فى مدة الايلاء اختلفوا فى زوال الرق بعد الايلاء هل ينتقل الى ايلاء الاحرار أم لا فقال مالك لا ينتقل من ايلاء العبيد الى ايلاء الاحرار وقال أبو حنيفه ينتقل فعنده ان الامة اذا عتقت وقد آلى زوجها منها انتقلت الى ايلاء الاحرار وقال ابن القاسم الصغيرة التى لا يجامع مثلها لا ايلاء عليها فان وقع وتمادى حسبت الاربعة الاشهر من يوم بلغت وانما قال ذلك لانه لا ضرر عليها فى ترك الجماع وقال أيضا لا ايلاء على خصى ولا على من لا يقدر على الجماع ﴿ المسئلة العاشرة ﴾ وأما هل من شرط رجعة المولى ان يطأ فى العدة أم لا فان الجمهور ذهبوا الى أن ذلك ليس من شرطها وأما مالك فانه قال اذا لم يطأ فيها من غير عذر مرض أو ما أشبه ذلك فلا رجعة عنده له عليها وبقى على عدتها ولا سبيل له اليها اذا انقضت العدة وحجة الجمهور انه لا يخلو أن يكون الايلاء يعود برجعته اليها فى العدة أو لا يعود فان عاد لم يعتبر واستؤنف الايلاء من وقت الرجعة أعنى تحسب مدة الايلاء من وقت الرجعة وان لم يعد الايلاء لم يعتبر أصلا الا على مذهب من

يرى ان الايلاء يكون بغير يمين وكيفما كان فلابدمن اعتبار الاربعة الاشهر من وقت الرجعة وأمامالك فانه قال كل رجعة من طلاق كان لرفع ضرر فان صحة الرجعة معتبرة فيه بزوال ذلك الضرر وأصله المعسر بالنفقة اذا طلق عليه ثم ارتجع فان رجعته تعتبر صحتها بيساره فسبب الخلاف قياس الشبه وذلك ان من شبه الرجعة بابتداء النكاح أوجب فيها تجدد الايلاء ومن شبه هذه الرجعة برجعة المطلق لضرر لم يرتفع منه ذلك الضرر قال يبقى على الاصل

﴿ كتاب الظهار ﴾

والاصل فى الظهار الكتاب والسنة فاما الكتاب فقوله تعالى (والذين يظاهرون من نسائهم ثم يعودون لما قالوا فتحرير رقبة) الآية وأما السنة لحديث خولة بنت مالك بن ثعلبة قالت ظاهر منى زوجى أويس بن الصامت فجئت رسول الله صلى الله عليه وسلم أشكو اليه ورسول الله يجادلنى فيه ويقول اتق الله فانه ابن عمك فما خرجت حتى أنزل الله (قد سمع الله قول التى تجادلك فى زوجها وتشتكى الى الله والله يسمع تحاوركما) الايات فقال ليعتق رقبة قالت لايجد قال فيصوم شهرين متتابعين قالت يارسول الله انه شيخ كبير مابه من صيام قال فليطعم ستين مسكينا قالت ماعنده من شئ يتصدق به قال فانى سأعينه بعرق من تمر قالت وأنا أعينه بعرق آخر قال لقد أحسنت اذهبى فأطعمى عنه ستين مسكينا خرجه أبوداود وحديث سلمة بن صخر البياضى عن النبى صلى الله عليه وسلم والكلام فى أصول الظهار ينحصر فى سبعة فصول منها فى ألفاظ الظهار ومنها فى شرط وجوب الكفارة فيه ومنها فيمن يصح فيه الظهار ومنها فيما يحرم على المظاهر ومنها هل يتكرر الظهار بتكرر النكاح ومنها هل يدخل الايلاء عليه ومنها القول فى أحكام كفارة الظهار

﴿ الفصل الأول ﴾

واتفق الفقهاء على أن الرجل اذا قال لزوجته أنت علىّ كظهر أمى انه ظهار واختلفوا اذا ذكر عضوا غير الظهر أو ذكر ظهر من تحرم عليه من المحرمات النكاح على التأبيد غير الام فقال مالك هو ظهار وقال جماعة من العلماء لايكون ظهارا الا بلفظ الظهر والام وقال أبوحنيفة يكون بكل عضو يحرم النظر اليه وسبب اختلافهم معارضة المعنى للظاهر وذلك ان معنى التحريم تستوى فيه الام وغيرها من المحرمات والظهر وغيره من الاعضاء وأما الظاهر من الشرع فانه يقتضى ان لايسمى ظهارا الا ما ذكر فيه لفظ الظهر والام وأما اذا قال هى علىّ كامى ولم يذكر الظهر فقال أبوحنيفة والشافعى ينوى فى ذلك لأنه قد يريد بذلك الاجلال لها وعظم منزلتها عنده وقال مالك هو ظهار وأما من شبه زوجته بأجنبية لاتحرم عليه على التأبيد فانه ظهار عند مالك وعند ابن الماجشون ليس بظهار وسبب الخلاف هل تشبيه الزوجة بمحرمة غير مؤبدة التحريم كتشبيهها بمؤبدة التحريم

﴿ الفصل الثانى ﴾

وأما شروط وجوب الكفارة فان الجمهور على انها لاتجب دون العود وشذ مجاهد وطاوس فقالا تجب دون العود ودليل الجمهور قوله تعالى (والذين يظاهرون من نسائهم ثم يعودون لما قالوا فتحرير رقبة) وهو نص فى معنى وجوب تعلق الكفارة بالعود وأيضا فمن طريق القياس فان الظهار يشبه الكفارة

في اليمين فكما أن الكفارة انما تلزم بالمخالفة أو بارادة المخالفة كذلك الأمر في الظهار وحجة مجاهد وطاوس أنه معنى يوجب الكفارة العليا فوجب ان يوجبها بنفسه لا بمعنى زائد تشبيها بكفارة القتل والفطر وأيضا فانهم قالوا انه كان طلاق الجاهلية فنسخ تحريمه بالكفارة وهو معنى قوله تعالى (ثم يعودون لما قالوا) والعود عندهم هو العود في الاسلام فأما القائلون باشتراط العود في ايجاب الكفارة فانهم اختلفوا فيه ماهو فعن مالك في ذلك ثلاث روايات احداهن أن العود هو أن يعزم على امساكها والوطء معا والثانية أن يعزم على وطئها فقط وهي الرواية الصحيحة المشهورة عند أصحابه وبه قال أبو حنيفة وأحمد والرواية الثالثة أن العود هو نفس الوطء وهي أضعف الروايات عند أصحابه وقال الشافعي العود هو الامساك نفسه قال ومن مضى له زمان يمكنه أن يطلق فيه ولم يطلق ثبت أنه عائد ولزمته الكفارة لأن اقامته زمانا يمكنه أن يطلق فيه من غير أن يطلق يقوم مقام ارادة الامساك منه أو هو دليل ذلك وقال داود وأهل الظاهر العود هو أن يكرر لفظ الظهار ثانية ومتى لم يفعل ذلك فليس بعائد ولا كفارة عليه فدليل الرواية المشهورة لمالك ينبني على أصلين أحدهما ان المفهوم من الظهار هو ان وجوب الكفارة فيه انما تكون بارادته العودة الى ما حرم على نفسه بالظهار وهو الوطء واذا كان ذلك كذلك وجب أن تكون العودة هي اما الوطء نفسه واما العزم عليه وارادته والأصل الثاني انه ليس يمكن أن يكون العود نفسه هو الوطء لقوله تعالى في الآية (فتحرير رقبة من قبل ان يتماسا) ولذلك كان الوطء محرما حتى يكفر قالوا ولو كان العود نفسه الامساك لكان الظهار نفسه يحرم الامساك فكان الظهار يكون طلاقا وبالجملة فالمعول عندهم في هذه المسئلة هو الطريق الذي يعرفه الفقهاء بطريق السبر والتقسيم وذلك ان معنى العود لا يخلو ان يكون تكرار اللفظ على ما يراه داود أو الوطء نفسه أو الامساك نفسه أو ارادة الوطء ولا يكون تكرارا للفظ لأن ذلك تأكيد والتأكيد لا يوجب الكفارة ولا يكون ارادة الامساك للوطء فان الامساك موجود بعد فقد بقي أن يكون ارادة الوطء وان كان ارادة الامساك للوطء فقد أراد الوطء فثبت ان العود هو الوطء ومعتمد الشافعية في اجرائهم ارادة الامساك أو الامساك مجرى ارادة الوطء ان الامساك يلزم عنه الوطء فجعلوا لازم الشيء مشبها بالشيء وجعلوا حكمهما واحدا وهو قريب من الرواية الثانية وربما استدلت الشافعية على أن ارادة الامساك هو السبب في وجوب الكفارة ان الكفارة ترتفع بارتفاع الامساك وذلك اذا طلق اثر الظهار ولهذا احتاط مالك في الرواية الثانية فجعل العود هو ارادة الامرين جميعا أعني الوطء والامساك واما أن يكون العود الوطء فضعيف ومخالف للنص والمعتمد فيها تشبيه الظهار باليمين أي كما أن كفارة اليمين انما تجب بالحنث كذلك الأمر ههنا وهو قياس شبه عارضه النص وأما داود فانه تعلق بظاهر اللفظ في قوله تعالى (ثم يعودون لما قالوا) وذلك يقتضي الرجوع الى القول نفسه وعند أبي حنيفة انه العود في الاسلام الى ما تقدم من ظهارهم في الجاهلية وعند مالك والشافعي ان في الآية ثم يعودون فيما قالوا وسبب الخلاف بالجملة انما هو مخالفة الظاهر للمفهوم فمن اعتمد المفهوم جعل العودة ارادة الوطء أو الامساك وتأول معنى اللام في قوله تعالى (ثم يعودون لما قالوا) بمعنى الفاء وأما من اعتمد الظاهر فانه جعل العودة تكرير اللفظ وأن العودة الثانية انما هي ثانية للاولى التي كانت منهم في الجاهلية ومن تأول أحد هذين فالأشبه له أن يعتقد ان بنفس الظهار تجب الكفارة

كما اعتقد ذلك مجاهد الا أن يقدر فى الآية محذوفا وهو ارادة الامساك فهنا اذا ثلاثة مذاهب اما أن تكون العودة هى تكرار اللفظ واما أن تكون ارادة الامساك واما أن تكون العودة هى التى فى الاسلام وهذان ينقسمان قسمين أعنى الأوّل والثالث أحدهما أن يقدر فى الآية محذوفا وهو ارادة الامساك فيشترط هذه الارادة فى وجوب الكفارة واما ألا يقدر فيها محذوفا فتجب الكفارة بنفس الظهار واختلفوا من هذا الباب فى فروع وهو هل اذا طلق قبل ارادة الامساك أو ماتت عنه زوجته هل تكون عليه كفارة أم لا فجمهور العلماء على أن لا كفارة عليه الا أن يطلق بعد ارادة العودة أو بعد الامساك بزمان طويل على ما يراه الشافعى وحكى عن عثمان البتى أن عليه الكفارة بعد الطلاق وانها اذا ماتت قبل ارادة العودة لم يكن له سبيل الى ميراثها الا بعد الكفارة وهذا شذوذ مخالف للنص والله أعلم

﴿الفصل الثالث﴾

واتفقوا على لزوم الظهار من الزوجة التى فى العصمة واختلفوا فى الظهار من الأمة ومن التى فى غير العصمة وكذلك اختلفوا فى ظهار المرأة من الرجل فأما الظهار من الامة فقال مالك والثورى وجماعة الظهار منها لازم كالظهار من الزوجة الحرة وكذلك المدبرة وأم الولد وقال الشافعى وأبو حنيفة وأحمد وأبو ثور لا ظهار من أمة وقال الأوزاعى ان كان يطأ أمته فهو منها مظاهر وان لم يطأها فهى يمين وفيها كفارة يمين وقال عطاء هو مظاهر لكن عليه نصف كفارة فدليل من أوقع ظهار الأمة عموم قوله تعالى (والذين يظاهرون من نسائهم) والاماء من النساء وحجة من لم يجعله ظهارا انهم قد أجمعوا ان النساء فى قوله تعالى (للذين يؤلون من نسائهم تربص أربعة أشهر) هنّ ذوات الأزواج فكذلك اسم النساء فى آية الظهار فسبب الخلاف معارضة قياس الشبه للعموم أعنى تشبيه الظهار بالايلاء وعموم لفظ النساء أعنى ان عموم اللفظ يقتضى دخول الاماء فى الظهار وتشبيهه بالايلاء يقتضى خروجهنّ من الظهار وأما هل من شرط الظهار كون المظاهر منها فى العصمة أم لا فذهب مالك ان ذلك ليس من شرطه وان من عين امرأة ما بعينها وظاهر منها بشرط التزويج كان مظاهرا منها وكذلك ان لم يعين وقال كل امرأة أتزوّجها فهى منى كظهر أمى وذلك بخلاف الطلاق و بقول مالك فى الظهار قال أبو حنيفة والثورى والأوزاعى وقال قائلون لا يلزم الظهار الا فيما يملك الرجل وممن قال بهذا القول الشافعى وأبو ثور وداود وفرق قوم فقالوا ان أطلق لم يلزمه ظهار وهو أن يقول كل امرأة أتزوّجها فهى منى كظهر أمى فان قيد لزمه وهو أن يقول ان تزوّجت فلانة أوسمى قرية أو قبيلة وقائل هذا القول هو ابن أبى ليلى والحسن بن حي ودليل الفريق الأوّل قوله تعالى أوفوا بالعقود ولانه عقد على شرط الملك فاشبه اذا ملك والمؤمنون عند شروطهم وهو قول عمر وأما حجة الشافعى فحديث عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده أن النبى صلى الله عليه وسلم قال لا طلاق الا فيما يملك ولا عتق الا فيما يملك ولا بيع الا فيما يملك ولا وفاء بنذر الا فيما يملك خرجه أبو داود والترمذى والظهار شبيه بالطلاق وهو قول ابن عباس وأما الذين فرقوا بين التعميم والتعيين فانهم رأوا أن التعميم فى الظهار من باب الحرج وقد قال تعالى (وما جعل عليكم فى الدين من حرج) واختلفوا أيضا من هذا الباب فى هل تظاهر المرأة من الرجل فعن العلماء فى ذلك ثلاثة أقوال أشهرها انه لا يكون

منها ظهار وهو قول مالك والشافعي والثاني أن عليها كفارة يمين والثالث أن عليها كفارة ومعتمد الجمهور تشبيه الظهار بالطلاق ومن ألزم المرأة الظهار فتشبيها للظهار باليمين ومن فرق فلانه رأى أقل اللازم لها في ذلك هو كفارة يمين وهو ضعيف وسبب الخلاف تعارض الاشباه في هذا المعنى

﴿الفصل الرابع﴾

واتفقوا على أن المظاهر يحرم عليه الوطء واختلفوا فيما دونه من ملامسة ووطء في غير الفرج ونظر فذهب مالك الى أنه يحرم الجماع وجميع أنواع الاستمتاع مما دون الجماع من الوطء فيما دون الفرج والمس والتقبيل والنظر للذة ماعدا وجهها وكفيها ويديها من سائر بدنها ومحاسنها وبه قال أبو حنيفة الا أنه كره النظر للفرج فقط وقال الشافعي انما يحرم الظهار الوطء في الفرج فقط المجمع عليه لا ماعدا ذلك وبه قال الثوري وأحمد وجماعة ودليل قول مالك قوله تعالى (من قبل أن يتماسا) وظاهر لفظ التماس يقتضي المباشرة فما فوقها ولانه أيضا لفظ حرمت به عليه فاشبه لفظ الطلاق ودليل قول الشافعي ان المباشرة كناية ههنا عن الجماع بدليل اجماعهم على أن الوطء محرم عليه واذا دلت على الجماع لم تدل على مافوق الجماع لانها اما أن تدل على مافوق الجماع واما أن تدل على الجماع وهي الدلالة المجازية لكن قد اتفقوا على أنها دالة على الجماع فانتفت الدلالة المجازية اذ لا يدل لفظ واحد دلالتين حقيقة ومجازا قلت الذين يرون ان اللفظ المشترك له عموم لا يبعد أن يكون اللفظ الواحد عندهم يتضمن المعنيين جميعا أعني الحقيقة والمجاز وان كان لم تجر به عادة للعرب ولذلك القول به في غاية من الضعف ولو علم أن للشرع فيه تصرفا لجاز وأيضا فان الظهار مشبه عندهم بالايلاء فوجب أن يختص عندهم بالفرج

﴿الفصل الخامس﴾

وأما تكرر الظهار بعد الطلاق أعني اذا طلقها بعد الظهار قبل أن يكفر ثم راجعها هل يتكرر عليه الظهار فلا يحل له المسيس حتى يكفر فيه خلاف قال مالك ان طلقها دون الثلاث ثم راجعها في العدة أو بعدها فعليه الكفارة وقال الشافعي ان راجعها في العدة فعليه الكفارة وان راجعها في غير العدة فلا كفارة عليه وعنه قول آخر مثل قول مالك وقال محمد بن الحسن الظهار راجع عليها نكحها بعد الثلاث أو بعد واحدة وهذه المسئلة شبيهة بمن يحلف بالطلاق ثم يطلق ثم يراجع هل تبقى تلك اليمين عليه أم لا وسبب الخلاف هل الطلاق يرفع جميع أحكام الزوجية ويهدمها أو لا يهدمها فنهم من رأى ان البائن الذي هو الثلاث يهدم وان مادون الثلاث لا يهدم ومنهم من رأى ان الطلاق كله غير هادم وأحسب ان من الظاهرية من يرى انه كله هادم

﴿الفصل السادس﴾

وأما هل يدخل الايلاء على الظهار اذا كان مضارا وذلك بأن لا يكفر مع قدرته على الكفارة فان فيه أيضا اختلافا فابو حنيفة والشافعي يقولان لا يتداخل الحكمان لأن حكم الظهار خلاف حكم الايلاء وسواء كان عندهم مضارا أولم يكن وبه قال الأوزاعي وأحمد وجماعة وقال مالك يدخل الايلاء على الظهار بشرط أن يكون مضارا وقال الثوري يدخل الايلاء على الظهار وتبين منه بانقضاء الأربعة الأشهر من غير اعتبار المضارة ففيه ثلاثة أقوال قول انه يدخل باطلاق وقول انه لا يدخل باطلاق وقول انه يدخل مع المضارة ولا يدخل مع عدمها وسبب الخلاف مراعاة المعنى واعتبار الظاهر فمن اعتبر الظاهر قال لا يتداخلان

ومن اعتبر المعنى قال يتداخلان اذا كان القصد الضرر

﴿ الفصل السابع ﴾

والنظر فى كفارة الظهار فى أشياء منها فى عدد أنواع الكفارة وترتيبها وشروط نوع نوع منها أعنى السروط المصححة ومتى تجب كفارة واحدة ومتى تجب أكثر من واحدة فأما أنواعها فانهم أجمعوا على أنها ثلاثة أنواع اعتاق رقبة أو صيام شهرين أو اطعام ستين مسكينا وانها على الترتيب فالاعتاق أوّلا فان لم يكن فالصيام فان لم يكن فالاطعام هذا فى الحر واختلفوا فى العبد هل يكفر بالعتق أو الاطعام بعد اتفاقهم ان الذى يبدأ به الصيام أعنى اذا عجز عن الصيام فأجاز للعبد العتق ان أذن له سيده أبو ثور وداود وأبى ذلك سائر العلماء وأما الاطعام فأجازه له مالك ان أطعم باذن سيده ولم يجز ذلك أبو حنيفة والشافعى ومبنى الخلاف فى هذه المسئلة هل يملك العبد أولا يملك وأما اختلافهم فى الشروط المصححة فنها اختلافهم اذا وطئ فى صيام الشهرين هل عليه استئناف الصيام أم لا فقال مالك وأبو حنيفة يستأنف الصيام الا أن أبا حنيفة شرط فى ذلك العمد ولم يفرق مالك بين العمد فى ذلك والنسيان وقال الشافعى لا يستأنف على حال وسبب الخلاف تشبيه كفارة الظهار بكفارة اليمين والسرط الذى ورد فى كفارة الظهار أعنى أن تكون قبل المسيس فمن اعتبر هذا التسرط قال يستأنف الصوم ومن شبهه بكفارة اليمين قال لا يستأنف لأن الكفارة فى اليمين ترفع الحنث بعد وقوعه باتفاق ومنها هل من شرط الرقبة أن تكون مؤمنة أم لا فذهب مالك والشافعى الى أن ذلك شرط فى الاجزاء وقال أبو حنيفة يجزى فى ذلك رقبة الكافر ولا يجزى عندهم اعتاق الوثنية والمرتدة دليل الفريق الاوّل انه اعتاق على وجه القربة فوجب أن تكون مسلمة أصله الاعتاق فى كفارة القتل وربما قالوا ان هذا ليس من باب القياس وانما هو من باب حمل المطلق على المقيد وذلك انه قيد الرقبة بالايمان فى كفارة القتل وأطلقها فى كفارة الظهار فيجب صرف المطلق الى المقيد وهذا النوع من حمل المطلق على المقيد فيه خلاف والحنفية لا يجيزونه وذلك ان الاسباب فى القضيتين مختلفة وأما حجة أبى حنيفة فهو ظاهر العموم ولا معارضة عنده بين المطلق والمقيد فوجب عنده أن يحمل كل على لفظه ومنها اختلافهم هل من شرط الرقبة أن تكون سالمة من العيوب أم لا ثم ان كانت سليمة فمن أى العيوب تشترط سلامتها فالذى عليه الجهور ان للعيوب تأثيرا فى منع اجزاء العتق وذهب قوم الى أنه ليس لها تأثير فى ذلك وحجة الجهور تشبيهها بالاضاحى والهدايا لكون القربة تجمعها وحجة الفريق الثانى اطلاق اللفظ فى الآية فسبب الخلاف معارضة الظاهر لقياس الشبه والذين قالوا ان للعيوب تأثيرا فى منع الاجزاء اختلفوا فى عيب عيب مما يعتبر فى الاجزاء أو عدمه أما العمى وقطع اليدين أو الرجلين فلا خلاف عندهم فى أنه مانع للاجزاء واختلفوا فيما دون ذلك فنها هل يجوز قطع اليد الواحدة أجازه أبو حنيفة ومنعه مالك والشافعى وأما الاعور فقال مالك لا يجزى وقال عبد الملك يجزى وأما الاقطع الاذنين فقال مالك لا يجزى وقال أصحاب الشافعى يجزى وأما الاصم فاختلف فيه فى مذهب مالك فقيل يجزى وقيل لا يجزى وأما الاخرس فلا يجزى عند مالك وعن الشافعى فى ذلك قولان أما المجنون فلا يجزى أما الخصى فقال ابن القاسم لا يعجبنى الخصى وقال غيره لا يجزى وقال الشافعى يجزى واعتاق الصغير جائز فى قول عامة فقهاء الأمصار وحكى عن بعض

المتقدمين منعه والعرج الخفيف في المذهب يجزى وأما البين العرج فلا والسبب في اختلافهم اختلافهم في قدر النقص المؤثر في القربة وليس له أصل في الشرع الا الضحايا وكذلك لا يجزى في المذهب ما فيه شركة أوطرف حرية كالكتابة والتدبير لقوله تعالى (فتحرير رقبة) والتحرير هو ابتداء الاعتاق واذا كان فيه عقد من عقود الحرية كالكتابة كان تنجيزا لا اعتاقا وكذلك الشركة لان بعض الرقبة ليس برقبة وقال أبو حنيفة ان كان المكاتب أدّى شيأ من مال الكتابة لم يجز وان كان لم يؤد جاز واختلفوا هل يجزيه عتق مدبره فقال مالك لا يجزيه تشبيها بالكتابة لانه عقد ليس له حله وقال الشافعي يجزيه ولا يجزى عند مالك اعتاق أم ولده ولا المعتق الى أجل مسمى أما عتق أم الولد فلان عقدها آكد من عقد الكتابة والتدبير بدليل انهما قد يطرأ عليهما الفسخ أما في الكتابة فمن العجز عن أداء النجوم وأما في التدبير فاذا ضاق عنه الثلث وأما العتق الى أجل فانه عقد عتق لا سبيل الى حله واختلف مالك والشافعي مع أبي حنيفة في اجزاء عتق من يعتق عليه بالنسب فقال مالك والشافعي لا يجزى عنه وقال أبو حنيفة اذا نوى به عتقه عن ظهار أجزأ فابو حنيفة شبهه بالرقبة التي لا يجب عتقها وذلك ان كل واحدة من الرقبتين غير واجب عليه شراؤها وبذل القيمة فيها على وجه العتق فاذا نوى بذلك التكفير جاز والمالكية والشافعية رأت انه اذا اشترى من يعتق عليه عتق عليه من غير قصد الى اعتاقه فلا يجزيه فابو حنيفة أقام القصد للشراء مقام العتق وهؤلاء قالوا لا بد أن يكون قاصدا للعتق نفسه فكلاهما يسمى معتقا باختياره ولكن أحدهما معتق بالاختيار الأوّل والآخر معتق بلازم الاختيار فكانه معتق على القصد الثاني ومشتر على القصد الأوّل والآخر بالعكس واختلف مالك والشافعي فمين أعتق نصفي عبدين فقال مالك لا يجوز ذلك وقال الشافعي يجوز لأنه في معنى الواحد ومالك تمسك بظاهر دلالة اللفظ فهذا ما اختلفوا فيه من شروط الرقبة المعتقة وأما شروط الاطعام فانهم اختلفوا من ذلك في القدر الذى يجزى لمسكين مسكين من الستين مسكينا الذين وقع عليهم النص فعن مالك في ذلك روايتان أشهرهما ان ذلك مدّ بمد هشام لكل واحد وذلك مدّان بمدّ النبي صلى الله عليه وسلم وقد قيل هو أقل وقد قيل هو مدّ وثلث وأما الرواية الثانية فمدّ مد لكل مسكين بمد النبي صلى الله عليه وسلم وبه قال الشافعي فوجه الرواية الاولى اعتبار الشبع غالبا أعنى الغداء والعشاء ووجه هذه الرواية الثانية اعتبار هذه الكفارة بكفارة اليمين فهذا هو اختلافهم في شروط الصحة في الواجبات في هذه الكفارة وأما اختلافهم في مواضع تعددها ومواضع اتحادها فمنها اذا ظاهر بكلمة واحدة من نسوة أكثر من واحدة هل يجزى في ذلك كفارة واحدة أم يكون عدد الكفارات على عدد النسوة فعند مالك أنه يجزى في ذلك كفارة واحدة وعند الشافعي وأبي حنيفة ان فيها من الكفارات بعدد المظاهر منهنّ ان اثنتين فاثنتين وان ثلاثا فثلاثا وان أكثر فأكثر فمن شبهه بالطلاق أوجب في كل واحدة كفارة ومن شبهه بالايلاء أوجب فيه كفارة واحدة وهو بالايلاء أشبه ومنها اذا ظاهر من امرأته في مجالس شتى هل عليه كفارة واحدة أو على عدد المواضع التي ظاهر فيها فقال مالك ليس عليه الا كفارة واحدة الا أن يظاهر ثم يكفر ثم يظاهر فعليه كفارة ثانية وبه قال الأوزاعي وأحمد واسحق وقال أبو حنيفة والشافعي لكل ظهار كفارة وأما اذا كان ذلك في مجلس واحد فلا خلاف عند مالك ان في ذلك كفارة واحدة وعند أبي حنيفة ان ذلك راجع

الى نيته فان قصد التأكيد كانت الكفارة واحدة وان أراد استئناف الظهار كان ما أراد ولزمه من الكفارات على عدد الظهار وقال يحيى بن سعيد تلزم الكفارة على عدد الظهار سواء كان فى مجلس واحد أوفى مجالس شتى والسبب فى هذا الاختلاف أن الظهار الواحد بالحقيقة هو الذى يكون بلفظ واحد من امرأة واحدة فى وقت واحد والمتعدد بلا خلاف هو الذى يكون بلفظين من امرأتين فى وقتين فان كرر اللفظ من امرأة واحدة فهل يوجب تعدد اللفظ تعدد الظهار أم لا يوجب ذلك فيه تعددا وكذلك ان كان اللفظ واحدا والمظاهر منها أكثر من واحدة وذلك ان هذه بمنزلة المتوسطات بين ذينك الطرفين فمن غلب عليه شبه الطرف الواحد أوجب له حكمه ومن غلب عليه شبه الطرف الثانى أوجب له حكمه ومنها اذا ظاهر من امرأته ثم مسها قبل أن يكفر هل عليه كفارة واحدة أم لا فأكثر فقهاء الأمصار مالك والشافعى وأبو حنيفة والثورى والأوزاعى وأحمد واسحق وأبو ثور وداود والطبرى وأبو عبيد ان فى ذلك كفارة واحدة والحجة لهم حديث سلمة بن صخر البياضى انه ظاهر من امرأته فى زمان رسول الله صلى الله عليه وسلم ثم وقع بامرأته قبل أن يكفر فأتى رسول الله صلى الله عليه وسلم فذكر له ذلك فأمره أن يكفر تكفيرا واحدا وقال قوم عليه كفارتان كفارة العزم على الوطء وكفارة الوطء لأنه وطئ وطأ محرما وهو مروى عن عمرو بن العاص وقبيصة بن ذؤيب وسعيد بن جبير وابن شهاب وقد قيل انه لا يلزمه شئ لا عن العود ولا عن الوطء لأن الله تعالى اشترط صحة الكفارة قبل المسيس فاذا مس فقد خرج وقتها فلا تجب الا بأمر مجدد وذلك معدوم فى مسئلتنا وفيه شذوذ وقال أبو محمد بن حزم من كان فرضه الاطعام فليس يحرم عليه المسيس قبل الاطعام وانما يحرم المسيس على من كان فرضه العتق أو الصيام

﴿ كتاب اللعان ﴾

والقول فيه يشتمل على خمسة فصول بعد القول بوجوبه الفصل الأول فى أنواع الدعاوى الموجبة له وشروطها الفصل الثانى فى صفات المتلاعنين الثالث فى صفة اللعان الرابع فى حكم نكول أحدهما أو رجوعه الخامس فى الاحكام اللازمة لتمام اللعان فأما الاصل فى وجوب اللعان أما من الكتاب فقوله تعالى (والذين يرمون أزواجهم ولم يكن لهم شهداء الا أنفسهم) الآية وأما من السنة فما رواه مالك وغيره من مخرجى الصحيح من حديث عويمر العجلانى اذ جاء الى عاصم بن عدى العجلانى رجل من قومه فقال له ياعاصم أرأيت رجلا وجد مع امرأته رجلا أيقتله فتقتلونه أم كيف يفعل سل لى ياعاصم عن ذلك رسول الله صلى الله عليه وسلم فسأل عاصم عن ذلك رسول الله صلى الله عليه وسلم فلما رجع عاصم الى أهله جاء عويمر فقال ياعاصم ماذا قال لك رسول الله صلى الله عليه وسلم فقال لم تأتنى بخير قد كره رسول الله صلى الله عليه وسلم المسئلة التى سألت عنها فقال والله لا أنتهى حتى أسأله عنها فأقبل عويمر حتى أتى رسول الله صلى الله عليه وسلم وسط الناس فقال يارسول الله أرأيت رجلا وجد مع امرأته رجلا أيقتله فتقتلونه أم كيف يفعل فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم قد نزل فيك وفى صاحبتك قرآن فاذهب فأت بها قال سهل فتلاعنا وأنا مع الناس عند رسول الله صلى الله عليه وسلم فلما فرغا من تلاعنهما قال عويمر كذبت عليها يارسول الله ان أمسكتها فطلقها ثلاثا قبل أن يأمره بذلك رسول الله صلى الله عليه وسلم قال مالك قال ابن شهاب فلم تزل تلك سنة المتلاعنين وأيضا من طريق المعنى لما كان الفراش موجبا

للحوق النسب كان بالناس ضرورة الى طريق ينفونه به اذا تحققوا فساده وتلك الطريق هي اللعان فاللعان حكم ثابت بالكتاب والسنة والقياس والاجماع اذ لا خلاف فى ذلك أعلمه فهذا هو القول فى اثبات حكمه

﴿ الفصل الأوّل ﴾

وأما صور الدعاوى التى يجب بها اللعان فهى أولا صورتان احداهما دعوى الزنا والثانية نفى الحمل ودعوى الزنا لا يخلو أن تكون مشاهدة أعنى أن يدعى أنه شاهدها تزنى كما يشهد الشاهد على الزنا أو تكون دعوى مطلقة واذا نفى الحمل فلا يخلو أن ينفيه أيضا نفيا مطلقا أو يزعم أنه لم يقربها بعد استبرائها فهذه أربعة أحوال بسائط وسائر الدعاوى تتركب عن هذه مثل أن يرميها بالزنا وينفى الحمل أو يثبت الحمل ويرميها بالزنا فاما وجوب اللعان بالقذف بالزنا اذا ادعى الرؤية فلا خلاف فيه قال المالكية اذا زعم أنه لم يطأها بعد وأما وجوب اللعان بمجرد القذف فالجمهور على جوازه الشافعى وأبو حنيفة والثورى وأحمد وداود وغيرهم وأما المشهور عن مالك فانه لا يجوز اللعان عنده بمجرد القذف وقد قال ابن القاسم أيضا انه يجوز وهى أيضا رواية عن مالك وحجة الجمهور عموم قوله تعالى (والذين يرمون أزواجهم) الآية ولم يخص فى الزنا صفة دون صفة كما قال فى ايجاب حد القذف وحجة مالك ظواهر الاحاديث الواردة فى ذلك منها قوله فى حديث سعد أرأيت لو أن رجلا وجد مع امرأته رجلا وحديث ابن عباس وفيه فجاء رسول الله صلى الله عليه وسلم فقال والله يارسول الله لقد رأيت بعينى وسمعت باذنى فكره رسول الله صلى الله عليه وسلم ما جاء به واشتد عليه فنزلت (والذين يرمون أزواجهم) الآية وأيضا فان الدعوى يجب أن تكون بينة كالشهادة وفى هذا الباب فرع اختلف فيه قول مالك وهو اذا ظهر بها حمل بعد اللعان فعن مالك فى ذلك روايتان احداهما سقوط الحمل عنه والأخرى لحوقه به واتفقوا فيما أحسب ان من شرط الدعوى الموجبة اللعان برؤية الزنا أن تكون فى العصمة واختلفوا فيمن قذف زوجته بدعوى الزنا ثم طلقها ثلاثا هل يكون بينهما لعان أم لا فقال مالك والشافعى والأوزاعى وجماعة بينهما اللعان وقال أبو حنيفة لا لعان بينهما الا أن ينفى ولدا ولا حد وقال مكحول والحكم وقتادة يحد ولا يلاعن وأما ان نفى الحمل فانه كما قلنا على وجهين أحدهما أن يدعى انه استبرأها ولم يطأها بعد الاستبراء وهذا مالا خلاف فيه واختلف قول مالك فى الاستبراء فقال مرة ثلاث حيض وقال مرة حيضة وأما نفيه مطلقا فالمشهور عن مالك انه لا يجب بذلك لعان وخالفه فى هذا الشافعى وأحمد وداود وقالوا لا معنى لهذا لأن المرأة قد تحمل مع رؤية الدم وحكى عبد الوهاب عن أصحاب الشافعى انه لا يجوز نفى الحمل مطلقا من غير قذف واختلفوا من هذا الباب فى فرع وهو وقت نفى الحمل فقال الجمهور ينفيه وهى حامل وشرط مالك انه متى لم ينفه وهو حمل لم يجز له أن ينفيه بعد الولادة بلعان وقال الشافعى اذا علم الزوج بالحمل فأمكنه الحاكم من اللعان فلم يلاعن لم يكن له أن ينفيه بعد الولادة وقال أبو حنيفة لا ينفى الولد حتى تضع وحجة مالك ومن قال بقوله الآثار المتواترة من حديث ابن عباس وابن مسعود وأنس وسهل ابن سعد أن النبى عليه الصلاة والسلام حين حكم باللعان بين المتلاعنين قال ان جاءت به على صفة كذا فما أراه الا قد صدق عليها قالوا وهذا يدل على انها كانت حاملا فى وقت اللعان وحجة أبى حنيفة ان الحمل قد ينفش ويضمحل فلا وجه للعان الا على يقين ومن حجة الجمهور ان الشرع قد علق بظهور الحمل أحكاما كثيرة كالنفقة والعدة ومنع الوطء فوجب ان يكون قياس اللعان كذلك وعند أبى حنيفة انه يلاعن

وان لم ينف الحمل الا وقت الولادة وكذلك ماقرب من الولادة ولم يوقت فى ذلك وقتا ووقت صاحباه أبو يوسف ومحمد فقالا له ان ينفيه مابين أربعين ليلة من وقت الولادة والذين أوجبوا اللعان فى وقت الحمل اتفقوا على ان له نفيه فى وقت العصمة واختلفوا فى نفيه بعد الطلاق فذهب مالك الى ان له ذلك فى جميع المدة التى يلحق الولد فيها بالفراش وذلك هو أقصى زمان الحمل عنده وذلك نحو من أربع سنين عنده أو خمس سنين وكذلك عنده حكم نفى الولد بعد الطلاق اذا لم يزل منكرا له و بقريب من هذا المعنى قال الشافعى وقال قوم ليس له ان ينفى الحمل الا فى العدة فقط وان نفاه فى غير العدة حد والحق به الولد فالحكم يجب به عند الجمهور الى انقضاء أطول مدة الحمل على اختلافهم فى ذلك فان الظاهرية ترى ان أقصر مدة الحمل التى يجب بها الحكم هو المعتاد من ذلك وهى التسعة أشهر وماقاربها ولا اختلاف بينهم أنه يجب الحكم به فى مدة العصمة فمازاد على أقصر مدة الحمل وهى الستة أشهر أعنى ان يولد المولود لستة أشهر من وقت الدخول أو امكانه لا من وقت العقد وشذ أبو حنيفة فقال من وقت العقد وان علم ان الدخول غير ممكن حتى انه ان تزوج عنده رجل بالمغرب الاقصى امرأة بالمشرق الاقصى فجاءت بولد لرأس ستة أشهر من وقت العقد انه يلحق به الا أن ينفيه بلعان وهو فى هذه المسئلة ظاهرى محض لأنه انما اعتمد فى ذلك عموم قوله عليه الصلاة والسلام الولد للفراش وهذه المرأة قد صارت فراشا له بالعقد فكانه رأى ان هذه عبادة غير معللة وهذا شئ ضعيف واختلف قول مالك من هذا الباب فى فرع وهو انه اذا ادعى انها زنت واعترف بالحمل فعنه فى ذلك ثلاث روايات احداها انه يحد و يلحق به الولد ولا يلاعن والثانية انه يلاعن و ينفى الولد والثالثة انه يلحق به الولد و يلاعن ليدرأ الحد عن نفسه وسبب الخلاف هل يلتفت الى اثباته مع موجب نفيه وهو دعواه الزنا واختلفوا أيضا من هذا الباب فى فرع وهو اذا أقام الشهود على الزنا هل له ان يلاعن أم لا فقال أبو حنيفة وداود لا يلاعن لأن اللعان انما جعل عوض الشهود لقوله تعالى (والذين يرمون أزواجهم ولم يكن لهم شهداء الا أنفسهم) الآية وقال مالك والشافعى يلاعن لأن الشهود لا تأثير لهم فى دفع الفراش

﴿ الفصل الثانى ﴾

وأما صفة المتلاعنين فان قوما قالوا يجوز اللعان بين كل زوجين حرين كانا أو عبدين أو أحدهما حر والآخر عبد محدودين كانا أو عدلين أو أحدهما مسلمين كانا أو كان الزوج مسلما والزوجة كتابية ولا لعان بين كافرين الا أن يترافعا الينا وممن قال بهذا القول مالك والشافعى وقال أبو حنيفة وأصحابه لا لعان الا بين مسلمين حرين عدلين و بالجملة فاللعان عندهم انما يجوز لمن كان من أهل الشهادة وحجة أصحاب القول الأول عموم قوله تعالى (والذين يرمون أزواجهم ولم يكن لهم شهداء الا أنفسهم) ولم تشترط فى ذلك شرطا ومعتمد الحنفية أن اللعان شهادة فيشترط فيها ما يشترط فى الشهادة اذ قد سماهم الله شهداء لقوله (فشهادة أحدهم أربع شهادات بالله) و يقولون انه لا يكون لعان الا بين من يجب عليه الحد فى القذف الواقع بينهما وقد اتفقوا على ان العبد لا يحد بقذفه وكذلك الكافر فشبهوا من يجب عليه اللعان بمن يجب فى قذفه الحد اذ كان اللعان انما وضع لدرء الحد مع نفى النسب وربما احتجوا بما روى عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال لا لعان بين أربعة العبدين والكافرين والجمهور

يرون انه يمين وان كان يسمى شهادة فان أحدا لا يشهد لنفسه وأما ان الشهادة قد يعبر عنها باليمين فذلك بين فى قوله تعالى (اذا جاءك المنافقون قالوا) الآية ثم قال (اتخذوا أيمانكم جنة) وأجمعوا على جواز لعان الاعمى واختلفوا فى الاخرس فقال مالك والشافعى يلاعن الاخرس اذا فهم عنه وقال أبو حنيفة لا يلاعن لأنه ليس من أهل الشهادة وأجمعوا على أن من شرطه العقل والبلوغ

﴿ الفصل الثالث ﴾

فأما صفة اللعان فمتقاربة عند جمهور العلماء وليس بينهم فى ذلك كبير خلاف وذلك على ظاهر ما تقتضيه ألفاظ الآية فيحلف الزوج أربع شهادات بالله لقد رأيتها تزنى وان ذلك الحمل ليس منى و يقول فى الخامسة لعنة الله عليه ان كان من الكاذبين ثم تشهد هى أربع شهادات بنقيض ما شهد هو به ثم تخمس بالغضب هذا كله متفق عليه واختلف الناس هل يجوز أن يبدل مكان اللعنة الغضب ومكان الغضب اللعنة ومكان أشهد أقسم ومكان قوله بالله غيره من أسمائه والجمهور على انه لا يجوز من ذلك الا ما نص عليه من هذه الالفاظ أصله عدد الشهادات وأجمعوا على أن من شرط صحته أن يكون بحكم حاكم

﴿ الفصل الرابع ﴾

فأما اذا نكل الزوج فقال الجمهور انه يحد وقال أبو حنيفة انه لا يحد و يحبس وحجة الجمهور عموم قوله تعالى (والذين يرمون المحصنات) الآية وهذا عام فى الاجنبى والزوج وقد جعل الالتعان للزوج مقام الشهود فوجب اذا نكل ان يكون بمنزلة من قذف ولم يكن له شهود أعنى انه يحد وما جاء أيضا من حديث ابن عمر وغيره فى قصة العجلانى من قوله عليه الصلاة والسلام ان قتلت قتلت وان نطقت جلدت وان سكت سكت على غيظ واحتج الفريق الثانى بان آية اللعان لم تتضمن ايجاب الحد عليه عند النكول والتعريض لايجابه زيادة فى النص والزيادة عندهم نسخ والنسخ لا يجوز بالقياس ولا باخبار الآحاد قالوا وأيضا لو وجب الحد لم ينفعه الالتعان ولا كان له تأثير فى اسقاطه لأن الالتعان يمين فلم يسقط به الحد عن الأجنبى فكذلك الزوج والحق ان الالتعان يمين مخصوصة فوجب أن يكون لها حكم مخصوص وقد نص على المرأة ان اليمين يدرأ عنها العذاب فالكلام فيما هو العذاب الذى يندرئ عنها باليمين وللاشتراك الذى فى اسم العذاب اختلفوا أيضا فى الواجب عليها اذا نكلت فقال الشافعى ومالك وأحمد والجمهور انها تحد وحدها الرجم ان كان دخل بها ووجدت فيها شروط الاحصان وان لم يكن دخل بها فالجلد وقال أبو حنيفة اذا نكلت وجب عليها الحبس حتى تلاعن وحجته قوله عليه الصلاة والسلام لا يحل دم امرئ مسلم الا باحدى ثلاث زنا بعد احصان أو كفر بعد ايمان أو قتل نفس بغير نفس وأيضا فان سفك الدم بالنكول حكم ترده الاصول فانه اذا كان كثير من الفقهاء لا يوجبون غرم المال بالنكول فكان بالحرى أن لا يجب بذلك سفك الدماء و بالجملة فقاعدة الدماء مبناها فى الشرع على أنها لا تراق الا بالبينة العادلة أو بالاعتراف ومن الواجب ألا تخصص هذه القاعدة بالاسم المشترك فأبو حنيفة فى هذه المسئلة أولى بالصواب ان شاء الله وقد اعترف أبو المعالى فى كتابه البرهان بقوة أبى حنيفة فى هذه المسئلة وهو شافعى واتفقوا على انه اذا أكذب نفسه حد والحق به الولد ان كان نفى ولدا واختلفوا هل له ان يراجعها بعد اتفاق جمهورهم على ان الفرقة تجب باللعان اما بنفسه واما بحكم حاكم على ما نقوله بعد فقال مالك والشافعى والثورى وداود وأحمد وجمهور

فقهاء الامصار انهما لايجتمعان أبدا وان كذب نفسه وقال أبو حنيفة وجماعة اذا أكذب نفسه جلد الحد وكان خاطبا من الخطاب وقد قال قوم ترد اليه امرأته وحجة الفريق الأول قول رسول الله صلى الله عليه وسلم لاسبيل لك عليها ولم يستثن فأطلق التحريم وحجة الفريق الثانى انه اذا أكذب نفسه فقد بطل حكم اللعان فكما يلحق به الولد كذلك ترد المرأة عليه وذلك ان السبب الموجب للتحريم انما هو الجهل بتعيين صدق أحدهما مع القطع بان أحدهما كاذب فاذا انكشف ارتفع التحريم

﴿ الفصل الخامس ﴾

فأما موجبات اللعان فان العلماء اختلفوا من ذلك فى مسائل منها هل تجب الفرقة أم لا وان وجبت فتى تجب وهل تجب بنفس اللعان أم بحكم حاكم واذا وقعت فهل هى طلاق أو فسخ فذهب الجمهور الى أن الفرقة تقع باللعان لما اشتهر فى ذلك فى أحاديث اللعان من أن رسول الله صلى الله عليه وسلم فرق بينهما وقال ابن شهاب فيما رواه مالك عنه فكانت تلك سنة المتلاعنين ولقوله صلى الله عليه وسلم لاسبيل لك عليها وقال عثمان البتى وطائفة من أهل البصرة لايعقب اللعان فرقة واحتجوا بان ذلك حكم لم تتضمنه آية اللعان ولا هو صريح فى الاحاديث لأن فى الحديث المشهور انه طلقها بحضرة النبى صلى الله عليه وسلم فلم ينكر ذلك عليه وأيضا فان اللعان انما شرع لدرء حد القذف فلم يوجب تحريما تشبيها بالبينة وحجة الجمهور انه قد وقع بينهما من التقاطع والتباغض والتهاتر وابطال حدود الله ما أوجب أن لايجتمعا بعدها أبدا وذلك ان الزوجية مبناها على المودة والرحمة وهؤلاء قد عدموا ذلك كل العدم ولا أقل من أن تكون عقوبتهما الفرقة وبالجملة فالقبح الذى بينهما غاية القبح وأما متى تقع الفرقة فقال مالك والليث وجماعة انها تقع اذا فرغا جميعا من اللعان وقال الشافعى اذا أكمل الزوج لعانه وقعت الفرقة وقال أبو حنيفة لاتقع الا بحكم حاكم وبه قال الثورى وأحمد وحجة مالك على الشافعى حديث ابن عمر قال فرق رسول الله صلى الله عليه وسلم بين المتلاعنين وقال حسابكما على الله أحدكما كاذب لاسبيل لك عليها وماروى انه لم يفرق بينهما الا بعد تمام اللعان وحجة الشافعى ان لعانها انما تدرأ به الحد عن نفسها فقط ولعان الرجل هو المؤثر فى نفى النسب فوجب ان كان للعان تأثير فى الفرقة ان يكون لعان الرجل تشبيها بالطلاق وحجتهما جميعا على أبى حنيفة أن النبى صلى الله عليه وسلم أخبرهما بوقوع الفرقة عند وقوع اللعان منهما فدل ذلك على ان اللعان هو سبب الفرقة وأما أبو حنيفة فيرى ان الفراق انما نفذ بينهما بحكمه وأمره صلى الله عليه وسلم بذلك حين قال لاسبيل لك عليها فرأى ان حكمه شرط فى وقوع الفرقة كما أن حكمه شرط فى صحة اللعان فسبب الخلاف بين من رأى انه تقع به فرقة و بين من لم يرذلك أن تفريق النبى صلى الله عليه وسلم بينهما ليس هو بينا فى الحديث المشهور لأنه بادر بنفسه فطلق قبل ان يخبره بوجوب الفرقة والأصل ان لافرقة الا بطلاق وانه ليس فى الشرع تحريم يتأبد أعنى متفقا عليه فمن غلب هذا الأصل على المفهوم لاحتماله نفى وجوب الفرقة (٧) قال بايجابها وأما سبب اختلاف من اشترط حكم الحاكم أولم يشترطه فتردد هذا الحكم بين ان يغلب عليه شبه الاحكام التى يشترط فى صحتها حكم الحاكم أو التى لايشترط ذلك فيها وأما المسئلة الرابعة وهى اذا قلنا

(٧) هكذا الاصول ولعل فيه سقطا هكذا ومن قال بالمفهوم قال بايجابها تأمل اه مصححه

أن الفرقة تقع فهل ذلك فسخ أو طلاق فان القائلين بالفرقة اختلفوا فى ذلك فقال مالك والشافعى هو فسخ وقال أبو حنيفة هو طلاق بائن وحجة مالك تأبيد التحريم به فاشبه ذات المحرم وأما أبو حنيفة فشبهها بالطلاق قياسا على فرقة العنين اذ كانت عنده بحكم حاكم

﴿ كتاب الاحداد ﴾

أجمع المسلمون على ان الاحداد واجب على النساء الحرائر المسلمات فى عدة الوفاة الا الحسن وحده واختلفوا فيما سوى ذلك من الزوجات وفيما سوى عدة الوفاة وفيما تمتنع الحادة منه مما لا تمتنع فقال مالك الاحداد على المسلمة والكتابية والصغيرة والكبيرة وأما الامة يموت عنها سيدها سواء كانت أم ولد أو لم تكن فلا احداد عليها عنده و به قال فقهاء الامصار وخالف قول مالك المشهور فى الكتابية ابن نافع وأشهب ورو ياه عن مالك و به قال الشافعى أعنى انه لا احداد على الكتابية وقال أبو حنيفة ليس على الصغيرة ولا على الكتابية احداد وقال قوم ليس على الامة المزوجة احداد وقد حكى ذلك عن أبى حنيفة فهذا هو اختلافهم المشهور فيمن عليه احداد من أصناف الزوجات ممن ليس عليه احداد وأما اختلافهم من قبل العدد فان مالكا قال لا احداد الا فى عدة الوفاة وقال أبو حنيفة والثورى الاحداد فى العدة من الطلاق البائن واجب وأما الشافعى فاستحسنه للمطلقة ولم يوجبه وأما الفصل الثالث وهو ما تمتنع الحادة منه مما لا تمتنع عنه فانها تمتنع عند الفقهاء بالجملة من الزينة الداعية الرجال الى النساء وذلك كالحلى والكحل الا ما لم تكن فيه زينة ولباس الثياب المصبوغة الا السواد فانه لم يكره مالك لها لبس السواد ورخص كلهم فى الكحل عند الضرورة فبعضهم اشترط فيه ما لم يكن فيه زينة و بعضهم لم يشترطه و بعضهم اشترط جعله بالليل دون النهار و بالجملة فأقاويل الفقهاء فيما تجتنب الحادة متقاربة وذلك ما يحرك الرجال بالجملة اليهن وانما صار الجمهور لايجاب الاحداد فى الجملة لثبوت السنة بذلك عن رسول الله صلى الله عليه وسلم فمنها حديث أم سلمة زوج النبى عليه الصلاة والسلام ان امرأة جاءت الى رسول الله صلى الله عليه وسلم فقالت يا رسول الله ان ابنتى توفى عنها زوجها وقد اشتكت عينيها أفتكتحلهما فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم لا مرتين أو ثلاثا كل ذلك يقول لها لا ثم قال انما هى أربعة أشهر وعشر وقد كانت احداكن ترمى بالبعرة على رأس الحول وقال أبو محمد فعلى هذا الحديث يجب التعويل على القول بايجاب الاحداد وأما حديث أم حبيبة حين دعت بالطيب فمسحت به عارضيها ثم قالت والله مالى به من حاجة غير انى سمعت رسول الله صلى الله عليه وسلم يقول لا يحل لامرأة مؤمنة تؤمن بالله واليوم الآخر تحد على ميت فوق ثلاث ليال الا على زوج أربعة أشهر وعشرا فليس فيه حجة لأنه استثناء من حظر فهو يقتضى الاباحة دون الايجاب وكذلك حديث زينب بنت جحش قال القاضى وفى الأمر اذا ورد بعد الحظر خلاف بين المتكلمين أعنى هل يقتضى الوجوب أو الاباحة وسبب الخلاف بين من أوجبه على المسلمة دون الكافرة ان من رأى ان الاحداد عبادة لم يلزمه الكافرة ومن رأى انه معنى معقول وهو تشوف الرجال اليها وهى الى الرجال سوى بين الكافرة والمسلمة ومن راعى تشوف الرجال دون تشوف النساء فرق بين الصغيرة والكبيرة اذا كانت الصغيرة لا يتشوف الرجال اليها ومن حجة من أوجبه على المسلمات دون الكافرات قوله عليه الصلاة والسلام لا يحل لامرأة تؤمن بالله واليوم الآخر ان تحد الا على زوج

قال وشرطه الايمان فى الاحداد يقتضى انه عبادة وأما من فرق بين الامة والحرة وكذلك الكتابية فلانه زعم ان عدة الوفاة أوجبت شيئين باتفاق احداهما الاحداد والثانى ترك الخروج فلما سقط ترك الخروج عن الامة بتبذلها والحاجة الى استخدامها سقط عنها منع الزينة وأما اختلافهم فى المكاتبة فمن قبل ترددها بين الحرة والامة وأما الامة بملك اليمين وأم الولد فانما صار الجمهور الى اسقاط الاحداد عنها لقوله عليه الصلاة والسلام لا يحل لامرأة تؤمن بالله واليوم الآخر ان تحد الا على زوج فعلم بدليل الخطاب ان من عدا ذات الزوج لا يجب عليها احداد ومن أوجبه على المتوفى عنها زوجها دون المطلقة فتعلق بالظاهر المنطوق به ومن ألحق المطلقات بهن فمن طريق المعنى وذلك انه يظهر من معنى الاحداد ان المقصود به أن لا تتشوف اليها الرجال فى العدة ولا تتشوف هى اليهم وذلك سد للذريعة لمكان حفظ الانساب والله أعلم كمل كتاب الطلاق والحمد لله على آلائه والشكر على نعمه و يتلوه كتاب البيوع ان شاء الله تعالى

﴿ كتاب البيوع ﴾

الكلام فى البيوع ينحصر فى خمس جمل فى معرفة أنواعها وفى معرفة شروط الصحة فى واحد واحد منها وفى معرفة شروط الفساد وفى معرفة أحكام البيوع الصحيحة وفى معرفة أحكام البيوع الفاسدة فنحن نذكر أنواع البيوع المطلقة ثم نذكر شروط الفساد والصحة فى واحد واحد منها وأحكام بيوع الصحة وأحكام البيوع الفاسدة ولما كانت أسباب الفساد والصحة فى البيوع منها عامة لجميع أنواع البيوع أو لا كثرها ومنها خاصة وكذلك الامر فى أحكام الصحة والفساد اقتضى النظر الصناعى ان نذكر المشترك من هذه الاصناف الاربعة أعنى العام من أسباب الفساد وأسباب الصحة وأحكام الصحة وأحكام الفساد لجميع البيوع ثم نذكر الخاص من هذه الاربعة بواحد واحد من البيوع فينقسم هذا الكتاب باضطرار الى ستة أجزاء الجزء الاول تعرف فيه أنواع البيوع المطلقة الثانى تعرف فيه أسباب الفساد العامة فى البيوع المطلقة أيضا أعنى فى كلها أو أكثرها اذ كانت أعرف من أسباب الصحة الثالث تعرف فيه أسباب الصحة فى البيوع المطلقة أيضا الرابع نذكر فيه أحكام البيوع الصحيحة أعنى الاحكام المشتركة لكل البيوع الصحيحة أو لا كثرها الخامس نذكر فيه أحكام البيوع الفاسدة المشتركة أعنى اذا وقعت السادس نذكر فيه نوعا نوعا من البيوع بما يخصه من الصحة والفساد وأحكامهما ﴿ الجزء الاول ﴾ ان كل معاملة وجدت بين اثنين فلا يخلو أن تكون عينا بعين أو عينا بشئ فى الذمة أو ذمة بذمة وكل واحد من هذه الثلاث اما نسيئة واما ناجز وكل واحد من هذه أيضا اما ناجز من الطرفين واما نسيئة من الطرفين واما ناجز من الطرف الواحد نسيئة من الطرف الآخر فتكون أنواع البيوع تسعة فأما النسيئة من الطرفين فلا يجوز باجماع لا فى العين ولا فى الذمة لانه الدين بالدين المنهى عنه وأسماء هذه البيوع منها ما يكون من قبل صفة العقد وحال العقد ومنها ما يكون من قبل صفة العين المبيعة وذلك انها اذا كانت عينا بعين فلا يخلو أن تكون ثمنا بمثمون أو ثمنا بثمن فان كانت ثمنا بثمن سمى صرفا وان كانت ثمنا بمثمون سمى بيعا مطلقا وكذلك مثمونا بمثمون على الشروط التى تقال بعد وان كان عينا بذمة سمى سلما وان كان على الخيار سمى بيع خيار وان كان على المرابحة سمى بيع مرابحة وان كان على المزايدة سمى بيع مزايدة ﴿ الجزء الثانى ﴾

واذا اعتبرت الاسباب التي من قبلها ورد النهي الشرعي في البيوع وهي أسباب الفساد العامة وجدت أربعة أحدها تحريم عين المبيع والثاني الربا والثالث الغرر والرابع الشروط التي تؤول الى أحد هذين أو لمجموعهما وهذه الاربعة هي بالحقيقة أصول الفساد وذلك ان النهي انما تعلق فيها بالبيع من جهة ماهو بيع لا لامر من خارج وأما التي ورد النهي فيها لاسباب من خارج فمنها الغش ومنها الضرر ومنها المكان الوقت المستحق بما هو أهم منه ومنها لانها محرمة البيع ففي هذا الجزء أبواب

﴿ الباب الاول في الاعيان المحرمة البيع ﴾

وهذه على ضربين نجاسات وغير نجاسات فأما بيع النجاسات فالاصل في تحريمها حديث جابر ثبت في الصحيحين قال قال رسول الله صلى الله عليه وسلم ان الله ورسوله حرما بيع الخمر والميتة والخنزير والاصنام فقيل يارسول الله أرأيت شحوم الميتة فانه يطلى بها السفن ويستصبح بها فقال لعن الله اليهود حرمت الشحوم عليهم فباعوها وأكلوا أثمانها وقال في الخمر ان الذي حرم شربها حرم بيعها والنجاسات على ضربين ضرب اتفق المسلمون على تحريم بيعها وهي الخمر وانها نجسة الا خلافا شاذا في الخمر أعني في كونها نجسة والميتة بجميع اجزائها التي تقبل الحياة وكذلك الخنزير بجميع اجزائه التي تقبل الحياة واختلف في الانتفاع بشعره فأجازه ابن القاسم ومنعه أصبغ وأما القسم الثاني وهي النجاسات التي تدعو الضرورة الى استعمالها كالرجيع والزبل الذي يتخذ في البساتين فاختلف في بيعها في المذهب فقيل بمنعها مطلقا وقيل باجازتها مطلقا وقيل بالفرق بين العذرة والزبل أعني اباحة الزبل ومنع العذرة واختلفوا فيما يتخذ من أنياب الفيل لاختلافهم هل هو نجس أم لا فمن رأى انه ناب جعله ميتة ومن رأى انه قرن معكوس جعل حكمه حكم القرن والخلاف فيه في المذهب وأما ما حرم بيعه مما ليس بنجس أو مختلف في نجاسته فمنها الكلب والسنور أما الكلب فاختلفوا في بيعه فقال الشافعي لا يجوز بيع الكلب أصلا وقال أبو حنيفة يجوز ذلك وفرق أصحاب مالك بين كلب الماشية والزرع المأذون في اتخاذه وبين ما لا يجوز اتخاذه فاتفقوا على أن ما لا يجوز اتخاذه لا يجوز بيعه للانتفاع به وامساكه فأما من أراده للاكل فاختلفوا فيه فمن أجاز أكله أجاز بيعه ومن لم يجزه على رواية ابن حبيب لم يجز بيعه واختلفوا أيضا في المأذون في اتخاذه فقيل هو حرام وقيل مكروه فأما الشافعي فعمدته شيئان أحدهما ثبوت النهي الوارد عن ثمن الكلب عن النبي صلى الله عليه وسلم والثاني أن الكلب عنده نجس العين كالخنزير وقد ذكرنا دليله في ذلك في كتاب الطهارة وأما من أجازه فعمدته أنه طاهر العين غير محرم الاكل فجاز بيعه كالاشياء الطاهرة العين وقد تقدم أيضا في كتاب الطهارة استدلال من رأى انه طاهر العين وفي كتاب الاطعمة استدلال من رأى انه حلال ومن فرق أيضا فعمدته أنه غير مباح الاكل ولا مباح الانتفاع به الا ما استثناه الحديث من كلب الماشية أو كلب الزرع وما في معناه ورويت أحاديث غير مشهورة اقترن فيها بالنهي عن ثمن الكلب استثناء أثمان الكلاب المباحة الاتخاذ وأما النهي عن ثمن السنور فثابت ولكن الجمهور على اباحته لانه طاهر العين مباح المنافع فسبب اختلافهم في الكلاب تعارض الادلة ومن هذا الباب اختلافهم في بيع الزيت النجس وما ضارعه بعد اتفاقهم على تحريم أكله فقال مالك لا يجوز بيع الزيت النجس وبه قال الشافعي وقال أبو حنيفة يجوز

اذا بين وبه قال ابن وهب من أصحاب مالك وحجة من حرمه حديث جابر المتقدم أنه سمع رسول الله صلى الله عليه وسلم عام الفتح يقول ان الله ورسوله حرما الخمر والميتة والخنزير وعمدة من أجازه انه اذا كان فى الشئ أكثر من منفعة واحدة وحرم منه واحدة من تلك المنافع انه ليس يلزمه ان يحرم منه سائر المنافع ولاسيما اذا كانت الحاجة الى المنفعة غير المحرمة كالحاجة الى المحرمة فاذا كان الاصل هذا يخرج منه الخمر والميتة والخنزير وبقيت سائر محرمات الاكل على الاباحة أعنى انه ان كان فيها منافع سوى الاكل فبيعت لهذا جاز ورووا عن علىّ وابن عباس وابن عمر انهم أجازوا بيع الزيت النجس ليستصبح به وفى مذهب مالك جواز الاستصباح به وعمل الصابون مع تحريم بيعه وأجاز ذلك الشافعى أيضا مع تحريم ثمنه وهذا كله ضعيف وقد قيل ان فى المذهب رواية أخرى تمنع الاستصباح به وهو ألزم للاصل أعنى لتحريم البيع واختلف أيضا فى المذهب فى غسله وطبخه هل هو مؤثر فى عين النجاسة ومزيل لها على قولين أحدهما جواز ذلك والآخر منعه وهما مبنيان على أن الزيت اذا خالطته النجاسة هل نجاسته نجاسة عين أو نجاسة مجاورة فمن رآه نجاسة مجاورة طهره عنده الغسل والطبخ ومن رآه نجاسة عين لم يطهره عنده الطبخ والغسل ✱ ومن مسائلهم المشهورة فى هذا الباب اختلافهم فى جواز بيع لبن الآدمية اذا حلب فمالك والشافعى يجوزانه وأبو حنيفة لايجوزه وعمدة من أجاز بيعه انه لبن أبيح شربه فابيح بيعه قياسا على لبن سائر الانعام وأبو حنيفة يرى أن تحليله انما هو لمكان ضرورة الطفل اليه وأنه فى الاصل محرم اذ لحم ابن آدم محرم والاصل عندهم ان الالبان تابعة للحوم فقالوا فى قياسهم هكذا الانسان حيوان لايؤكل لحمه فلم يجز بيع لبنه أصله لبن الخنزير والاتان فسبب اختلافهم فى هذا الباب تعارض أقيسة الشبه وفروع هذا الباب كثيرة وانما نذكر من المسائل فى كل باب المشهور ليجرى ذلك مجرى الاصول

﴿ الباب الثانى فى بيوع الربا ﴾

واتفق العلماء على أن الربا يوجد فى شيئين فى البيع وفيما تقرر فى الذمة من بيع أو سلف أو غير ذلك فأما الربا فيما تقرر فى الذمة فهو صنفان صنف متفق عليه وهو ربا الجاهلية الذى نهى عنه وذلك أنهم كانوا يسلفون بالزيادة وينظرون فكانوا يقولون انظرنى أزدك وهذا هو الذى عناه عليه الصلاة والسلام بقوله فى حجة الوداع ألا وان ربا الجاهلية موضوع وأول ربا أضعه ربا العباس بن عبد المطلب والثانى ضع وتعجل وهو مختلف فيه وسنذكره بعد وأما الربا فى البيع فان العلماء أجمعوا على أنه صنفان نسيئة وتفاضل الا ماروى عن ابن عباس من انكاره الربا فى التفاضل لما رواه عن النبى صلى الله عليه وسلم انه قال لاربا الا فى النسيئة وانما صار جمهور الفقهاء الى أن الربا فى هذين النوعين لثبوت ذلك عنه صلى الله عليه وسلم والكلام فى الربا ينحصر فى أربعة فصول الفصل الاول فى معرفة الاشياء التى لايجوز فيها التفاضل ولايجوز فيها النساء وتبيين علة ذلك الثانى فى معرفة الاشياء التى يجوز فيها التفاضل ولايجوز فيها النساء الثالث فى معرفة مايجوز فيه الامران جميعا الرابع فى معرفة مايعد صنفا واحدا ممالا يعد صنفا واحدا

﴿ الفصل الاول ﴾

فنقول أجمع العلماء على أن التفاضل والنساء ممالايجوز واحد منهما فى الصنف الواحد من الاصناف

التى نص عليها فى حديث عبادة بن الصامت الاماحكى عن ابن عباس وحديث عبادة هو قال سمعت رسول الله صلى الله عليه وسلم ينهى عن بيع الذهب بالذهب والفضة بالفضة والبر بالبر والشعير بالشعير والتمر بالتمر والملح بالملح الاسواء بسواء عينا بعين فمن زاد أو ازداد فقد أربى فهذا الحديث نص فى منع التفاضل فى الصنف الواحد من هذه الاعيان وأما منع النسيئة فيها فثابت من غير ماحديث أشهرها حديث عمر بن الخطاب قال قال رسول الله صلى الله عليه وسلم الذهب بالذهب ربا الاهاء وهاء والبر بالبر ربا الاهاء وهاء والتمر بالتمر ربا الاهاء وهاء والشعير بالشعير ربا الاهاء وهاء فتضمن حديث عبادة منع التفاضل فى الصنف الواحد وتضمن أيضا حديث عبادة منع النساء فى الصنفين من هذه واباحة التفاضل وذلك فى بعض الروايات الصحيحة وذلك أن فيها بعد ذكره منع التفاضل فى تلك الستة وبيعوا الذهب بالورق كيف شئتم يدا بيد والبر بالشعير كيف شئتم يدا بيد وهذا كله متفق عليه من الفقهاء الا البر بالشعير واختلفوا فيما سوى هذه الستة المنصوص عليها فقال قوم منهم أهل الظاهر انما يمتنع التفاضل فى صنف صنف من هذه الاصناف الستة فقط وأن ماعداها لا يمتنع فى الصنف الواحد منها التفاضل وقال هؤلاء أيضا ان النساء ممتنع فى هذه الستة فقط اتفقت الاصناف أو اختلفت وهذا أمر متفق عليه أعنى امتناع النساء فيها مع اختلاف الاصناف الاماحكى عن ابن علية انه قال اذا اختلف الصنفان جاز التفاضل والنسيئة ماعدا الذهب والفضة فهؤلاء جعلوا النهى المتعلق باعيان هذه الستة من باب الخاص أريد به الخاص وأما الجمهور من فقهاء الامصار فانهم اتفقوا على انه من باب الخاص أريد به العام واختلفوا فى المعنى العام الذى وقع التنبيه عليه بهذه الاصناف أعنى فى مفهوم علة التفاضل ومنع النساء فيها فالذى استقر عليه حذاق المالكية أن سبب منع التفاضل أما فى الاربعة فالصنف الواحد من المدخر المقتات وقد قيل الصنف الواحد المدخر وان لم يكن مقتاتا ومن شرط الادخار عندهم أن يكون فى الاكثر وقال بعض أصحابه الربا فى الصنف المدخر وان كان نادر الادخار وأما العلة عندهم فى منع التفاضل فى الذهب والفضة فهو الصنف الواحد أيضا مع كونهما رؤسا للاثمان وقيما للمتلفات وهذه العلة هى التى تعرف عندهم بالقاصرة لانها ليست موجودة عندهم فى غير الذهب والفضة وأما علة منع النساء عند المالكية فى الاربعة المنصوص عليها فهو الطعم والادخار دون اتفاق الصنف ولذلك اذا اختلفت أصنافها جاز عندهم التفاضل دون النسيئة ولذلك يجوز التفاضل عندهم فى المطعومات التى ليست مدخرة أعنى فى الصنف الواحد منها ولا يجوز النساء أما جواز التفاضل فلكونها ليست مدخرة وقد قيل ان الادخار شرط فى تحريم التفاضل فى الصنف الواحد وأما منع النساء فيها فلكونها مطعومة مدخرة وقد قلنا ان الطعم باطلاق علة لمنع النساء فى المطعومات وأما الشافعية فعلة منع التفاضل عندهم فى هذه الاربعة هو الطعم فقط مع اتفاق الصنف الواحد وأما علة النساء فالطعم دون اعتبار الصنف مثل قول مالك وأما الحنفية فعلة منع التفاضل عندهم فى هذه الستة واحدة وهو الكيل أو الوزن مع اتفاق الصنف وعلة النساء فيها اختلاف الصنف ماعدا النحاس والذهب فان الاجماع انعقد على انه يجوز فيها النساء ووافق الشافعى مالكا فى علة منع التفاضل والنساء فى الذهب والفضة أعنى أن كونهما رؤسا للاثمان وقيما للمتلفات هو عندهم علة منع النسيئة اذا اختلف الصنف فاذا اتفقا منع التفاضل والحنفية تعتبر فى المكيل قدرا يتأتى

فيه الكيل وسيأتى أحكام الدنانير والدراهم بما يخصها فى كتاب الصرف وأما ههنا فالمقصود هو تبيين مذاهب الفقهاء فى علل الربا المطلق فى هذه الاشياء وذكر عمدة دليل كل فريق منهم فنقول ان الذين قصروا صنف الربا على هذه الاصناف الستة فهم أحد صنفين اما قوم نفوا القياس فى الشرع أعنى استنباط العلل من الالفاظ وهم الظاهرية واما قوم نفوا قياس الشبه وذلك أن جميع من ألحق المسكوت ههنا بالمنطوق به فانما ألحقه بقياس الشبه لا بقياس العلة الا ما حكى عن ابن الماجشون انه اعتبر فى ذلك المالية وقال علة منع الربا انما هى حياطة الاموال يريد منع الغبن وأما القاضى أبو بكر الباقلانى فلما كان قياس الشبه عنده ضعيفا وكان قياس المعنى عنده أقوى منه اعتبر فى هذا الموضع قياس المعنى اذ لم يتأت له قياس علة فالحق الزبيب فقط بهذه الاصناف الاربعة لانه زعم انه فى معنى التمر ولكل واحد من هؤلاء أعنى من القائسين دليل فى استنباط الشبه الذى اعتبره فى الحاق المسكوت عنه بالمنطوق به من هذه الاربعة أما الشافعية فانهم قالوا فى تثبيت علتهم الشبهية ان الحكم اذا علق باسم مشتق دل على ان ذلك المعنى الذى اشتق منه الاسم هو علة الحكم مثل قوله تعالى (والسارق والسارقة فاقطعوا أيديهما) فلما علق الحكم بالاسم المشتق وهو السارق علم ان الحكم متعلق بنفس السرقة قالوا واذا كان هذا هكذا وكان قد جاء من حديث سعيد بن عبد الله انه قال كنت أسمع رسول الله صلى الله عليه وسلم يقول الطعام بالطعام مثلا بمثل فمن البين ان الطعم هو الذى علق به الحكم وأما المالكية فانها زادت على الطعم اما صفة واحدة وهو الادخار على ما فى الموطأ واما صفتين وهو الادخار والاقتيات على ما اختاره البغداديون وتمسكت فى استنباط هذه العلة بأنه لو كان المقصود الطعم وحده لا كتفى بالتنبيه على ذلك بالنص على واحد من تلك الاربعة الاصناف المذكورة فلما ذكر منها عددا علم انه قصد بكل واحد منها التنبيه على ما فى معناه وهى كلها يجمعها الاقتيات والادخار أما البر والشعير فنبه بهما على أصناف الحبوب المدخرة ونبه بالتمر على جميع أنواع الحلاوات المدخرة كالسكر والعسل والزبيب ونبه بالملح على جميع التوابل المدخرة لاصلاح الطعام وأيضا فانهم قالوا لما كان معقول المعنى فى الربا انما هو أن لا يغبن بعض الناس بعضا وان تحفظ أموالهم فواجب أن يكون ذلك فى أصول المعايش وهى الاقوات وأما الحنفية فعمدتهم فى اعتبار المكيل والموزون انه صلى الله عليه وسلم لما علق التحليل باتفاق الصنف واتفاق القدر وعلق التحريم باتفاق الصنف واختلاف القدر فى قوله صلى الله عليه وسلم لعامله بخيبر من حديث أبى سعيد وغيره الا كيلا بكيل يدا بيد رأوا أن التقدير أعنى الكيل أو الوزن هو المؤثر فى الحكم كتأثير الصنف وربما احتجوا بأحاديث ليست مشهورة فيها تنبيه قوى على اعتبار الكيل أو الوزن منها انهم رووا فى بعض الاحاديث المتضمنة المسميات المنصوص عليها فى حديث عبادة زيادة وهى كذلك ما يكال ويوزن وفى بعضها وكذلك المكيال والميزان هذا نص لو صحت الاحاديث ولكن اذا تؤمل الامر من طريق المعنى ظهر والله أعلم ان علتهم أولى العلل وذلك انه يظهر من الشرع أن المقصود بتحريم الربا انما هو لمكان الغبن الكثير الذى فيه وان العدل فى المعاملات انما هو مقاربة التساوى ولذلك لما عسر ادراك التساوى فى الاشياء المختلفة الذوات جعل الدينار والدرهم لتقويمها أعنى تقديرها ولما كانت الاشياء المختلفة الذوات أعنى غير الموزونة والمكيلة العدل فيها انما هو فى وجود النسبة أعنى أن تكون نسبة قيمة أحد الشيئين الى

جنسه نسبة قيمة الشيء الآخر الى جنسه مثال ذلك أن العدل اذا باع انسان فرسا بثياب هو أن تكون نسبة قيمة ذلك الفرس الى الافراس هي نسبة قيمة ذلك الثوب الى الثياب فان كان ذلك الفرس قيمته خمسون فيجب أن تكون تلك الثياب قيمتها خمسون فليكن مثلا الذى يساوى هذا القدر عددها هو عشرة أثواب فاذا اختلاف هذه المبيعات بعضها ببعض فى العدد واجب فى المعاملة العدلة أعنى أن يكون عديل فرس عشرة أثواب فى المثل وأما الاشياء المكيلة والموزونة فلما كانت ليست تختلف كل الاختلاف وكانت منافعها متقاربة ولم تكن حاجة ضرورية لمن كان عنده منها صنف أن يستبدله بذلك الصنف بعينه الاعلى جهة السرف كان العدل فى هذه انما هو بوجود التساوى فى الكيل أو الوزن اذ كانت لا تتفاوت فى المنافع وأيضا فان منع التفاضل فى هذه الاشياء يوجب ان لا يقع فيها تعامل لكون منافعها غير مختلفة والتعامل انما يضطر اليه فى المنافع المختلفة فاذا منع التفاضل فى هذه الاشياء أعنى المكيلة والموزونة علتان احداهما وجود العدل فيها والثانى منع المعاملة اذ كانت المعاملة بها من باب السرف وأما الدينار والدرهم فعلة المنع فيها أظهر اذ كانت هذه ليس المقصود منها الربح وانما المقصود بها تقدير الاشياء التى لها منافع ضرورية وروى مالك عن سعيد بن المسيب انه كان يعتبر فى علة الربا فى هذه الاصناف الكيل والطعم وهو معنى جيد لكون الطعم ضروريا فى أقوات الناس فانه يشبه أن يكون حفظ العين وحفظ السرف فيما هو قوت أهم منه فيما ليس هو قوتا وقد روى عن بعض التابعين أنه اعتبر فى الربا الاجناس التى تجب فيها الزكاة وعن بعضهم الانتفاع مطلقا أعنى المالية وهو مذهب ابن الماجشون

﴿ الفصل الثانى ﴾

فيجب من هذا أن تكون علة امتناع النسيئة فى الربويات هى الطعم عند مالك والشافعى وأما فى غير الربويات مما ليس بمطعوم فان علة منع النسيئة فيه عند مالك هو الصنف الواحد المتفق المنافع مع التفاضل وليس عند الشافعى نسيئة فى غير الربويات وأما أبو حنيفة فعلة منع النساء عنده هو الكيل فى الربويات وفى غير الربويات الصنف الواحد متفاضلا كان أو غير متفاضل وقد يظهر من ابن القاسم عن مالك انه يمنع النسيئة فى هذه لانه عنده من باب السلف الذى يجر منفعة

﴿ الفصل الثالث ﴾

وأما ما يجوز فيه الأمران جميعا أعنى التفاضل والنساء فما لم يكن ربويا عند الشافعى وأما عند مالك فما لم يكن ربويا ولا كان صنفا واحدا متماثلا أو صنفا واحدا باطلاق على مذهب أبى حنيفة ومالك يعتبر فى الصنف المؤثر فى التفاضل فى الربويات وفى النساء فى غير الربويات اتفاق المنافع واختلافها فاذا اختلفت جعلها صنفين وان كان الاسم واحدا وأبو حنيفة يعتبر الاسم وكذلك الشافعى وان كان الشافعى ليس الصنف عنده مؤثرا الا فى الربويات فقط أعنى انه يمنع التفاضل فيه وليس هو عنده علة للنساء أصلا فهذا هو تحصيل مذاهب هؤلاء الفقهاء الثلاثة فى هذه الفصول الثلاث فأما الأشياء التى لا تجوز فيها النسيئة فانها قسمان منها ما لا يجوز فيها التفاضل وقد تقدم ذكرها ومنها ما يجوز فيها التفاضل فأما الأشياء التى لا يجوز فيها التفاضل فعلة امتناع النسيئة فيها هو الطعم عند مالك وعند الشافعى الطعم فقط وعند أبى حنيفة مطعومات الكيل والوزن فاذا اقترن بالطعم اتفاق الصنف حرم التفاضل عند الشافعى واذا اقترن وصف

ثالث وهو الادخار حرم التفاضل عند مالك وإذا اختلف الصنف جاز التفاضل وحرمت النسيئة وأما الاشياء التي ليس يحرم التفاضل فيها عند مالك فانها صنفان اما مطعومة واما غير مطعومة فاما المطعومة فالنساء عنده لا يجوز فيها وعلة المنع الطعم وأما غير المطعومة فانه لا يجوز فيها النساء عنده فيما اتفقت منافعه مع التفاضل فلا يجوز عنده شاة واحدة بشاتين الى أجل الا أن تكون احداهما حلوبة والأخرى أكولة هذا هو المشهور عنه وقد قيل انه يعتبر اتفاق المنافع دون التفاضل فعلى هذا لا يجوز عنده شاة حلوبة بشاة حلوبة الى أجل فاما اذا اختلفت المنافع فالتفاضل والنسيئة عنده جائزان وان كان الصنف واحدا وقيل يعتبر اتفاق الأسماء مع اتفاق المنافع والأشهر أن لا يعتبر وقد قيل يعتبر وأما أبو حنيفة فالمعتبر عنده في منع النساء ماعدا التي لا يجوز عنده فيها التفاضل هو اتفاق الصنف اتفقت المنافع أو اختلفت فلا يجوز عنده شاة بشاة ولا بشاتين نسيئة وان اختلفت منافعها وأما الشافعي فكل ما لا يجوز التفاضل عنده في الصنف الواحد يجوز فيه النساء فيجيز شاة بشاتين نسيئة ونقدا وكذلك شاة بشاة ودليل الشافعي حديث عمرو بن العاص أن رسول الله صلى الله عليه وسلم أمره أن يأخذ في قلائص الصدقة البعير بالبعيرين الى الصدقة قالوا فهذا التفاضل في الجنس الواحد مع النساء وأما الحنفية فاحتجت بحديث الحسن عن سمرة أن رسول الله صلى الله عليه وسلم نهى عن بيع الحيوان بالحيوان قالوا وهذا يدل على تأثير الجنس على الانفراد في النسيئة وأما مالك فعمدته في مراعاة منع النساء عند اتفاق الاغراض سد الذريعة وذلك أنه لا فائدة في ذلك الا أن يكون من باب سلف يجر نفعا وهو محرم وقد قيل عنه انه أصل بنفسه وقد قيل عن الكوفيين أنه لا يجوز بيع الحيوان بالحيوان نسيئة اختلف الجنس أو اتفق على ظاهر حديث سمرة فكأن الشافعي ذهب مذهب الترجيح لحديث عمرو بن العاص والحنفية لحديث سمرة مع التأويل له لأن ظاهره يقتضي أن لا يجوز الحيوان بالحيوان نسيئة اتفق الجنس أو اختلف وكان مالك ذهب مذهب الجمع فحمل حديث سمرة على اتفاق الأغراض وحديث عمرو بن العاص على اختلافها وسماع الحسن من سمرة مختلف فيه ولكن صححه الترمذي ويشهد لمالك ما رواه الترمذي عن جابر قال قال رسول الله صلى الله عليه وسلم الحيوان اثنان بواحد لا يصلح النساء ولا بأس به يدا بيد وقال ابن المنذر ثبت أن رسول الله صلى الله عليه وسلم اشترى عبدا بعبدين أسودين واشترى جارية بسبعة أروس وعلى هذا الحديث يكون بيع الحيوان بالحيوان يشبه أن يكون أصلا بنفسه لا من قبل سد ذريعة واختلفوا فيما لا يجوز بيعه نساء هل من شرطه التقابض في المجلس قبل الافتراق في سائر الربويات بعد اتفاقهم في اشتراط ذلك في المصارفة لقوله عليه الصلاة والسلام لا تبيعوا منها غائبا بناجز فمن شرط فيها التقابض في المجلس شبهها بالصرف ومن لم يشترط ذلك قال ان القبض قبل التفرق ليس شرطا في البيوع الا ما قام الدليل عليه ولما قام الدليل على الصرف فقط بقيت سائر الربويات على الأصل

﴿ الفصل الرابع ﴾

واختلفوا من هذا الباب فيما يعد صنفا واحدا وهو المؤثر في التفاضل مما لا يعد صنفا واحدا في مسائل كثيرة لكن نذكر منها أشهرها وكذلك اختلفوا في صفات الصنف الواحد المؤثر في التفاضل هل من شرطه أن

لايختلف بالجودة والرداءة ولا باليبس والرطوبة فأما اختلافهم فيما يعد صنفا واحدا مما لايعد صنفا واحدا فمن ذلك القمح والشعير صار قوم الى أنهما صنف واحد وصار آخرون الى أنهما صنفان فبالاول قال مالك والاوزاعى وحكاه مالك فى الموطأ عن سعيد بن المسيب وبالثانى قال الشافعى وأبو حنيفة وعمدتهما السماع والقياس أما السماع فقوله صلى الله عليه وسلم لاتبيعوا البر بالبر والشعير بالشعير الامثلا بمثل فجعلهما صنفين وأيضا فان فى بعض طرق حديث عبادة بن الصامت وبيعوا الذهب بالفضة كيف شئتم والبر بالشعير كيف شئتم والملح بالتمر كيف شئتم يدا بيد ذكره عبد الرزاق ووكيع عن الثورى وصحح هذه الزيادة الترمذى وأما القياس فلانهما شيآن اختلفت أسماؤهما ومنافعهما فوجب أن يكونا صنفين أصله الفضة والذهب وسائر الأشياء المختلفة فى الاسم والمنفعة وأما عمدة مالك فانه عمل سلفه بالمدينة وأما أصحابه فاعتمدوا فى ذلك أيضا السماع والقياس أما السماع فما روى أن النبى عليه الصلاة والسلام قال الطعام بالطعام مثلا بمثل فقالوا اسم الطعام يتناول البر والشعير وهذا ضعيف فان هذا عام تفسره الأحاديث الصحيحة وأما من طريق القياس فانهم عددوا كثيرا من اتفاقهما فى المنافع والمتفقة المنافع لايجوز التفاضل فيها باتفاق والسلت عند مالك والشعير صنف واحد وأما القطنية فانها عنده صنف واحد فى الزكاة وعنه فى البيوع روايتان احداهما أنها صنف واحد والأخرى انها أصناف وسبب الخلاف تعارض اتفاق المنافع فيها واختلافها فمن غلب الاتفاق قال صنف واحد ومن غلب الاختلاف قال صنفان أو أصناف والأرز والدخن والجاورس عنده صنف واحد ﴿مسئلة﴾ واختلفوا من هذا الباب فى الصنف الواحد من اللحم الذى لايجوز فيه التفاضل فقال مالك اللحوم ثلاثة أصناف فلحم ذوات الأربع صنف ولحم ذوات الماء صنف ولحم الطير كله صنف واحد أيضا وهذه الثلاثة الأصناف مختلفة يجوز فيها التفاضل وقال أبو حنيفة كل واحد من هذه هو أنواع كثيرة والتفاضل فيه جائز الا فى النوع الواحد بعينه وللشافعى قولان أحدهما مثل قول أبى حنيفة والآخر أن جميعها صنف واحد وأبو حنيفة يجيز لحم الغنم بالبقر متفاضلا ومالك لايجيزه والشافعى لايجيز بيع لحم الطير بلحم الغنم متفاضلا ومالك يجيزه وعمدة الشافعى قوله عليه الصلاة والسلام الطعام بالطعام مثلا بمثل ولانها اذا فارقتها الحياة زالت الصفات التى كانت بها تختلف ويتناولها اسم اللحم تناولا واحدا وعمدة المالكية ان هذه أجناس مختلفة فوجب أن يكون لحمها مختلفا والحنفية تعتبر الاختلاف الذى فى الجنس الواحد من هذه وتقول ان الاختلاف الذى بين الانواع التى فى الحيوان أعنى فى الجنس الواحد منه كأنك قلت الطائر هو وزان الاختلاف الذى بين التمر والبر والشعير وبالجملة فكل طائفة تدعى ان وزان الاختلاف الذى بين الاشياء المنصوص عليها هو الاختلاف الذى تراه فى اللحم والحنفية أقوى من جهة المعنى لأن تحريم التفاضل انما هو عند اتفاق المنفعة ﴿مسئلة﴾ واختلفوا من هذا الباب فى بيع الحيوان بالميت على ثلاثة أقوال قول انه لايجوز باطلاق وهو قول الشافعى والليث وقول انه يجوز فى الاجناس المختلفة التى يجوز فيها التفاضل ولايجوز ذلك فى المتفقة أعنى الربوية لمكان الجهل الذى فيهما من طريق التفاضل وذلك فى التى المقصود منها الأكل وهو قول مالك فلا يجوز شاة مذبوحة بشاة تراد للاكل وذلك عنده فى الحيوان المأكول حتى انه لايجيز الحى بالحى اذا كان المقصود الأكل من أحدهما فهى عنده من هذا الباب أعنى أن امتناع

ذلك عنده من جهة الربا والمزابنة وقول ثالث انه يجوز مطلقا و به قال أبو حنيفة وسبب الخلاف معارضة الأصول فى هذا الباب لمرسل سعيد بن المسيب وذلك أن مالكا روى عن زيد بن أسلم عن سعيد بن المسيب أن رسول الله صلى الله عليه وسلم نهى عن بيع الحيوان باللحم فمن لم تنقدح عنده معارضة هذا الحديث لاصل من أصول البيوع التى توجب التحريم قال به ومن رأى ان الاصول معارضة له وجب عليه أحد أمرين اما أن يغلب الحديث فيجعله أصلا زائدا بنفسه أو يرده لمكان معارضة الاصول له فالشافعى غلب الحديث وأبو حنيفة غلب الاصول ومالك رده الى أصوله فى البيوع فجعل البيع فيه من باب الربا أعنى بيع الشئ الربوى بأصله مثل بيع الزيت بالزيتون وسيأتى الكلام على هذا الاصل فانه الذى يعرفه الفقهاء بالمزابنة وهى داخلة فى الربا بجهة وفى الغرر بجهة وذلك انها ممنوعة فى الربويات من جهة الربا والغرر وفى غير الربويات من جهة الغرر فقط الذى سببه الجهل بالخارج عن الاصل (مسئلة) ومن هذا الباب اختلافهم فى بيع الدقيق بالحنطة مثلا بمثل فالأشهر عن مالك جوازه وهو قول مالك فى موطئه وروى عنه أنه لا يجوز وهو قول الشافعى وأبى حنيفة وابن الماجشون من أصحاب مالك وقال بعض أصحاب مالك ليس هو اختلافا من قوله وانما رواية المنع اذا كان اعتبار المثلية بالكيل لأن الطعام اذا صار دقيقا اختلف كيله ورواية الجواز اذا كان الاعتبار بالوزن وأما أبو حنيفة فالمنع عنده فى ذلك من قبل أن أحدهما مكيل والآخر موزون ومالك يعتبر الكيل أو الوزن فيما جرت العادة أن يكال أو يوزن والعدد فيما لا يكال ولا يوزن واختلفوا من هذا الباب فيما تدخله الصنعة مما أصله منع الربا فيه مثل الخبز بالخبز فقال أبو حنيفة لا بأس ببيع ذلك متفاضلا ومتماثلا لأنه قد خرج بالصنعة عن الجنس الذى فيه الربا وقال الشافعى لا يجوز متماثلا فضلا عن متفاضل لأنه قد غيرته الصنعة تغيرا جهلت به مقاديره التى تعتبر فيها المماثلة وأما مالك فالأشهر فى الخبز عنده أنه يجوز متماثلا وقد قيل فيه انه يجوز فيه التفاضل والتساوى وأما العجين بالعجين فجائز عنده مع المماثلة وسبب الخلاف هل الصنعة تنقله من جنس الربويات أو ليس تنقله وان لم تنقله فهل تمكن المماثلة فيه أو لا تمكن فقال أبو حنيفة تنقله وقال مالك والشافعى لا تنقله واختلفوا فى امكان المماثلة فيهما فكان مالك يجيز اعتبار المماثلة فى الخبز واللحم بالتقدير والحزر فضلا عن الوزن وأما اذا كان أحد الربويين لم تدخله صنعة والآخر قد دخلته الصنعة فان مالكا يرى فى كثير منها ان الصنعة تنقله من الجنس أعنى من أن يكونا جنسا واحدا فيجيز فيها التفاضل وفى بعضها ليس يرى ذلك وتفصيل مذهبه فى ذلك عسير الانفصال فاللحم المشوى والمطبوخ عنده من جنس واحد والحنطة المقلوة عنده وغير المقلوة جنسان وقد رام أصحابه التفصيل فى ذلك والظاهر من مذهبه انه ليس فى ذلك قانون من قوله حتى ينحصر فيه أقواله فيها وقد رام حصرها الباجى فى المنتقى وكذلك أيضا يعسر حصر المنافع التى توجب عنده الاتفاق فى شئ شئ من الاجناس التى يقع بها التعامل وتمييزها من التى لا توجب ذلك أعنى فى الحيوان والعروض والنبات وسبب العسر ان الانسان اذا سئل عن أشياء متشابهة فى أوقات مختلفة ولم يكن عنده قانون يعمل عليه فى تمييزها الا ما يعطيه بادئ النظر فى الحال جاوب فيها بجوابات مختلفة فاذا جاء من بعده أحد فرام أن يجرى تلك الاجوبة على قانون واحد وأصل واحد عسر ذلك عليه وأنت تتبين ذلك من كتبهم فهذه هى أمهات هذا الباب

﴿فصل﴾ وأما اختلافهم في بيع الربوي الرطب بجنسه من اليابس مع وجود التماثل في القدر والتناجز فان السبب في ذلك ماروى مالك عن سعد بن أبي وقاص أنه قال سمعت رسول الله صلى الله عليه وسلم يسئل عن شراء التمر بالرطب فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم أينقص الرطب اذا جف فقالوا نعم فنهى عن ذلك فأخذ به أكثر العلماء وقال لا يجوز بيع التمر بالرطب على حال مالك والشافعي وغيرهما وقال أبو حنيفة يجوز ذلك وخالفه في ذلك صاحباه محمد بن الحسن وأبو يوسف وقال الطحاوي بقول أبي حنيفة وسبب الخلاف معارضة ظاهر حديث عبادة وغيره له واختلافهم في تصحيحه وذلك ان حديث عبادة اشترط في الجواز فقط المماثلة والمساواة وهذا يقتضي بظاهره حال العقد لا حال المآل فمن غلب ظواهر أحاديث الربويات رد هذا الحديث ومن جعل هذا الحديث أصلا بنفسه قال هو أمر زائد ومفسر لأحاديث الربويات والحديث أيضا اختلف الناس في تصحيحه ولم يخرجه الشيخان قال الطحاوي خولف فيه عبد الله فرواه يحيي بن كثير عنه أن رسول الله صلى الله عليه وسلم نهى عن بيع الرطب بالتمر نسيئة وقال ان الذي يروى عنه هذا الحديث عن سعد بن أبي وقاص هو مجهول لكن جمهور الفقهاء صاروا الى العمل به وقال مالك في موطئه قياسا به على تعليل الحكم في هذا الحديث وكذلك كل رطب بيابس من نوعه حرام يعني منع المماثلة كالعجين بالدقيق واللحم اليابس بالرطب وهو أحد قسمي المزابنة عند مالك المنهي عنها عنده والعرية عنده مستثناة من هذا الأصل وكذلك عند الشافعي والمزابنة عند أبي حنيفة المنهي عنها هو بيع التمر على الأرض بالتمر في رؤس النخيل لموضع الجهل بالمقدار الذي بينهما أعني بوجود التساوي وطرد الشافعي هذه العلة في الشيئين الرطبين فلم يجز بيع الرطب بالرطب ولا العجين بالعجين مع التماثل لأنه زعم أن التفاضل يوجد بينهما عند الجفاف وخالفه في ذلك جل من قال بهذا الحديث وأما اختلافهم في بيع الجيد بالرديء في الاصناف الربوية فذلك يتصور بأن يباع منها صنف واحد وسط في الجودة بصنفين أحدهما أجود من ذلك الصنف والآخر أردأ مثل أن يبيع مدين من تمر وسط بمدين من تمر أحدهما أعلى من الوسط والآخر أدون منه فان مالكا يرد هذا لانه يتهمه أن يكون انما قصد أن يدفع مدين من الوسط في مد من الطيب فجعل معه الرديء ذريعة الى تحليل ما لا يحب من ذلك ووافقه الشافعي في هذا ولكن التحريم عنده ليس هو فيما أحسب لهذه التهمة لأنه لا يعمل التهم ولكن يشبه أن يعتبر التفاضل في الصفة وذلك انه متى لم تكن زيادة الطيب على الوسط مثل نقصان الرديء عن الوسط والافليس هناك مساواة في الصفة ﴿ومن هذا الباب اختلافهم في جواز بيع صنف من الربويات بصنف مثله وعرض أو دنانير أو دراهم اذا كان الصنف الذي يجعل معه العرض أقل من ذلك الصنف المفرد أو يكون مع كل واحد منهما عرض والصنفان مختلفان في القدر فالاول مثل أن يبيع كيلين من التمر بكيل من التمر ودرهم والثاني مثل أن يبيع كيلين من التمر وثوب بثلاثة أكيال من التمر ودرهم فقال مالك والشافعي والليث ان ذلك لا يجوز وقال أبو حنيفة والكوفيون ان ذلك جائز فسبب الخلاف هل ما يقابل العرض من الجنس الربوي ينبغي أن يكون مساويا له في القيمة أو يكفي في ذلك رضا البائع فمن قال الاعتبار بمساواته في القيمة قال لا يجوز لمكان الجهل بذلك لانه اذا لم يكن العرض مساويا لفضل أحد الربويين على الثاني كان التفاضل ضرورة مثال ذلك انه ان باع كيلين من تمر بكيل وثوب

- فقد يجب أن تكون قيمة الثوب تساوي الكيل والاوقع التفاضل ضرورة وأما أبو حنيفة فيكتفي في ذلك بان يرضى به المتبايعان ومالك يعتبر أيضا في هذا سد الذريعة لانه انما جعل جاعل ذلك ذريعة الى بيع الصنف الواحد متفاضلا فهذه مشهورات مسائلهم في هذا الجنس

﴿ باب في بيوع الذرائع الربوية ﴾

وههنا شيء يعرض للمتبايعين اذا أقال أحدهما الآخر بزيادة أو نقصان وللمتبايعين اذا اشترى أحدهما من صاحبه الشيء الذي باعه بزيادة أو نقصان وهو أن يتصوّر بينهما من غير قصد الى ذلك تبايع ربوي مثل ان يبيع انسان من انسان سلعة بعشرة دنانير نقدا ثم يشتريها منه بعشرين الى أجل فاذا أضيفت البيعة الثانية الى الاولى استقر الأمر على أن أحدهما دفع عشرة دنانير في عشرين الى أجل وهذا هو الذي يعرف ببيوع الاجال فنذكر من ذلك مسئلة في الاقالة ومسئلة من بيوع الآجال اذ كان هذا الكتاب ليس المقصود به التفريع وانما المقصود فيه تحصيل الاصول (مسئلة) لم يختلفوا أن من باع شيأ مّا كانك قلت عبدا بمائة دينار مثلا الى أجل ثم ندم البائع فسأل المبتاع ان يصرف اليه مبيعه ويدفع اليه عشرة دنانير مثلا نقدا أو الى أجل ان ذلك يجوز وأنه لا بأس بذلك وأن الاقالة عندهم اذا دخلتها الزيادة والنقصان هي بيع مستأنف ولا حرج في أن يبيع الانسان الشيء بثمن ثم يشتريه بأكثر منه لأنه في هذه المسئلة اشترى منه البائع الأول العبد الذي باعه بالمائة التي وجبت له وبالعشرة مثاقيل التي زادها نقدا أو الى أجل وكذلك لا خلاف بينهم لو كان البيع بمائة دينار الى أجل والعشرة مثاقيل نقدا أو الى أجل وأما ان ندم المشتري في هذه المسئلة وسأل الاقالة على ان يعطي البائع العشرة المثاقيل نقدا أو الى أجل أبعد من الأجل الذي وجبت فيه المائة فهنا اختلفوا فقال مالك لا يجوز وقال الشافعي يجوز ووجه ما كره من ذلك مالك ان ذلك ذريعة الى قصد بيع الذهب بالذهب الى أجل والى بيع ذهب وعرض بذهب لأن المشتري دفع العشرة مثاقيل والعبد في المائة دينار التي عليه وأيضا يدخله بيع وسلف كان المشتري باعه العبد بتسعين وأسلفه عشرة الى الأجل الذي يجب عليه فيقبضها من نفسه لنفسه وأما الشافعي فهذا كله عنده جائز لأنه شراء مستأنف ولا فرق عنده بين هذه المسئلة و بين ان تكون لرجل على رجل مائة دينار مؤجلة فيشتري منه غلاما بالتسعين دينارا التي عليه ويتعجل له عشرة دنانير وذلك جائز باجماع قال وحمل الناس على التهم لا يجوز وأما ان كان البيع الأول نقدا فلا خلاف في جواز ذلك لأنه ليس يدخله بيع ذهب بذهب نسيئة الا ان مالكا كره ذلك لمن هو من أهل العينة أعني الذي يداين الناس لأنه عنده ذريعة لسلف في أكثر منه يتوصلان اليه بما أظهرا من البيع من غير ان تكون له حقيقة وأما البيوع التي يعرفونها ببيوع الآجال فهي ان يبيع الرجل سلعة بثمن الى أجل ثم يشتريها بثمن آخر الى أجل آخر أو نقدا وهنا تسع مسائل اذا لم تكن هناك زيادة عرض اختلف منها في مسئلتين واتفق في الباقي وذلك انه من باع شيأ الى أجل ثم اشتراه فاما أن يشتريه الى ذلك الأجل بعينه أو قبله أو بعده وفي كل واحد من هذه الثلاثة اما أن يشتريه بمثل الثمن الذي باعه به منه واما بأقل واما بأكثر يختلف من ذلك في اثنين وهو ان يشتريها قبل الأجل نقدا بأقل من الثمن أو الى أبعد من ذلك الأجل بأكثر من ذلك الثمن فعند مالك وجمهور أهل المدينة ان ذلك لا يجوز وقال الشافعي وداود وأبو ثور

يجوز فمن منعه فوجه منعه اعتبار البيع الثانى بالبيع الأول فاتهمه ان يكون انما قصد دفع دنانير فى أكثر منها الى أجل وهو الربا المنهى عنه فزور الذلك هذه الصورة ليتصلا بها الى الحرام مثل ان يقول قائل لآخر أسلفنى عشرة دنانير الى شهر وأرد اليك عشرين دينارا فيقول هذا لا يجوز ولكن أبيع منك هذا الحمار بعشرين الى شهر ثم اشتريه منك بعشرة نقدا وأما فى الوجوه الباقية فليس يتهم فيها لأنه ان أعطى أكثر من الثمن فى أقل من ذلك الأجل لم يتهم وكذلك ان اشتراها بأقل من ذلك الثمن الى أبعد من ذلك الأجل ومن الحجة لمن رأى هذا الرأى حديث أبى العالية عن عائشة أنها سمعتها وقد قالت لها امرأة كانت أم ولد لزيد بن أرقم يا أم المؤمنين انى بعت من زيد عبدا الى العطاء بثمانمائة فاحتاج الى ثمنه فاشتريته منه قبل محل الأجل بستمائة فقالت عائشة بئسما شريت وبئسما اشتريت أبلغى زيدا انه قد أبطل جهاده مع رسول الله صلى الله عليه وسلم ان لم يتب قالت أرأيت ان تركت وأخذت الستمائة دينار قالت نعم (فمن جاءه موعظة من ربه فانتهى فله ما سلف) وقال الشافعى وأصحابه لا يثبت حديث عائشة وأيضا فان زيدا قد خالفها واذا اختلف الصحابة فمذهبنا القياس وروى مثل قول الشافعى عن ابن عمر وأما اذا حدث بالمبيع نقص عند المشترى الأول فان الثورى وجماعة من الكوفيين أجازوا لبائعه بالنظرة ان يشتريه نقدا بأقل من ذلك الثمن وعن مالك فى ذلك روايتان والصور التى يعتبرها مالك فى الذرائع فى هذه البيوع هى ان يتذرع منها الى أنظرنى أزدك أو الى بيع ما لا يجوز متفاضلا أو بيع ما لا يجوز نساء أو الى بيع وسلف أو الى ذهب وعرض بذهب أو الى ضع وتعجل أو بيع الطعام قبل ان يستوفى أو بيع وصرف فان هذه هى أصول الربا ومن هذا الباب اختلافهم فيمن باع طعاما بطعام قبل ان يقبضه فمنعه مالك وأبو حنيفة وجماعة وأجازه الشافعى والثورى والاوزاعى وجماعة وحجة من كرهه انه شبيه ببيع الطعام بالطعام نساء ومن أجازه لم ير ذلك فيه اعتبارا بترك القصد الى ذلك ومن ذلك اختلافهم فيمن اشترى طعاما بثمن الى أجل معلوم فلما حل الاجل لم يكن عند البائع طعام يدفعه اليه فاشترى من المشترى طعاما بثمن يدفعه اليه مكان طعامه الذى وجب له فأجاز ذلك الشافعى وقال لا فرق بين ان يشترى الطعام من غير المشترى الذى وجب له عليه أو من المشترى نفسه ومنع من ذلك مالك ورآه من الذريعة الى بيع الطعام قبل ان يستوفى لأنه رد اليه الطعام الذى كان ترتب فى ذمته فيكون قد باعه منه قبل ان يستوفيه وصورة الذريعة فى ذلك ان يشترى رجل من آخر طعاما الى أجل معلوم فاذا حل الأجل قال الذى عليه الطعام ليس عندى طعام ولكن أشترى منك الطعام الذى وجب لك علىّ فقال هذا لا يصح لأنه بيع الطعام قبل ان يستوفى فنقول له فبع طعاما منى وأرده عليك فيعرض من ذلك ما ذكرناه أعنى ان يرد عليه ذلك الطعام الذى أخذ منه ويبقى الثمن المدفوع انما هو ثمن الطعام الذى هو فى ذمته وأما الشافعى فلا يعتبر التهم كما قلنا وانما يراعى فيما يحل ويحرم من البيوع ما اشترطا وذكراه بألسنتهما وظهر من فعلهما لاجماع العلماء على أنه اذا قال أبيعك هذه الدراهم بدراهم مثلها وأنظرك بها حولا أو شهرا انه لا يجوز ولو قال له أسلفنى دراهم وأمهلنى بها حولا أو شهرا جاز فليس بينهما الا اختلاف لفظ البيع وقصده ولفظ القرض وقصده ولما كانت أصول الربا كما قلنا خمسة انظرنى أزدك والتفاضل والنساء وضع وتعجل وبيع الطعام قبل قبضه فانه يظن انه من هذا الباب اذ فاعل ذلك يدفع دنانير ويأخذ أكثر منها من غير تكلف فعل

ولاضمان يتعلق بذمتـه فينبغي ان نذكرهاهنا هـذين الاصلين أماضع وتعجل فأجازه ابن عباس من الصحابة وزفر من فقهاء الامصار ومنعه جماعة منهم ابن عمر من الصحابة ومالك وأبوحنيفة والثوري وجماعة من فقهاء الامصار واختلف قول الشافعي في ذلك فأجاز مالك وجمهور من ينكر ضع وتعجل ان يتعجل الرجل في دينه المؤجل عرضا يأخذه وان كانت قيمته أقل من دينه وعمدة من لم يجز ضع وتعجل انه شبيه بالزيادة مع النظرة المجمع على تحريمها ووجه شبهه بها انه جعل للزمان مقدارا من الثمن بدلا منه في الموضعين جميعا وذلك انه هنالك لما زاد له في الزمان زاد له عرضه ثمنا وهنا لما حط عنه الزمان حط عنه في مقابلته ثمنا وعمدة من أجازه ماروى عن ابن عباس أن النبي صلى الله عليه وسلم لما أمر باخراج بني النضير جاءه ناس منهم فقالوا يانبي الله انك أمرت باخراجنا ولنا على الناس ديون لم تحل فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم ضعوا وتعجلوا فسبب الخلاف معارضة قياس الشبه لهذا الحديث وأمابيع الطعام قبل قبضه فان العلماء مجمعون على منع ذلك الامايحكى عن عثمان البتي وانما أجمع العلماء على ذلك لثبوت النهي عنه عن رسول الله صلى الله عليه وسلم من حديث مالك عن نافع عن عبدالله بن عمر أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال من ابتاع طعاما فلايبعه حتى يقبضه واختلف من هـذه المسئلة في ثلاثة مواضع أحدها فيما يشترط فيه القبض من المبيعات والثاني في الاستفادات التي يشترط في بيعها القبض من التي لايشترط والثالث في الفرق بين مايباع من الطعام مكيلا وجزافا ففيه ثلاثة فصول

﴿ الفصل الأول ﴾

وأمابيع ماسوى الطعام قبل القبض فلاخلاف في مذهب مالك في اجازته وأما الطعام الربوي فلاخلاف في مذهبه ان القبض شرط في بيعه وأما غير الربوي من الطعام فعنه في ذلك روايتان احداهما المنع وهي الاشهر وبها قال أحمد وأبوثور الا أنهما اشترطا مع الطعم الكيل والوزن والرواية الاخرى الجواز وأما أبوحنيفة فالقبض عنده شرط في كل مبيع ماعدا المبيعات التي لاتنتقل ولاتحول وهي الدور والعقار وأما الشافعي فان القبض عنـده شرط في كل مبيع وبه قال الثوري وهومروي عن جابر بن عبـدالله وابن عباس وقال أبوعبيد واسحق كل شئ لايكال ولايوزن فلابأس ببيعه قبل قبضه فاشترط هؤلاء القبض في المكيل والموزون وبه قال ابن حبيب وعبـد العزيز بن أبي سلمة وربيعة وزاد هؤلاء مع الكيل والوزن المعدود فيتحصل في اشتراط القبض سبعة أقوال الأول في الطعام الربوي فقط والثاني في الطعام باطلاق الثالث في الطعام المكيل والموزون الرابع في كل شئ ينقل الخامس في كل شئ السادس في المكيل والموزون السابع في المكيل والموزون والمعدود أماعمدة مالك في منعه ماعدا المنصوص عليه فدليل الخطاب في الحديث المتقدم وأماعمدة الشافعي في تعميم ذلك في كل بيع فعموم قوله عليه الصلاة والسلام لايحل بيع وسلف ولاربح مالم يضمن ولابيع ماليس عندك وهذا من باب بيع مالم يضمن وهذا مبني على مذهبه من أن القبض شرط في دخول المبيع في ضمان المشتري واحتج أيضا بحديث حكيم بن حزام قال قلت يارسول الله اني أشتري بيوعا فما يحل لي منها ومايحرم فقال ياابن أخي اذا اشتريت بيعا فلاتبعه حتى تقبضه قال أبوعمر حديث حكيم بن حزام رواه يحيى بن أبي كثير عن يوسف ابن ماهك ان عبدالله بن عصمة حدثه ان حكيم بن حزام قال ويوسف بن ماهك وعبـدالله بن عصمة

لاأعرف لهما جرحة الاأنه لم يروعنهما الارجل واحـد فقط وذلك فى الحقيقة ليس بجرحة وان كرهه جماعة من المحدثين ومن طريق المعنى ان بيع مالم يقبض يتطرق منه الى الربا وانما استثنى أبو حنيفة مايحول و ينقل عنده مما لا ينقل لأن ما ينقل القبض عنـده فيه هى التخلية وأما من اعتبر الكيل والوزن فلاتفاقهم ان المكيل والموزون لايخرج من ضمان البائع الى ضمان المشترى الا بالكيل أو الوزن وقد نهى عن بيع مالم يضمن

﴿ الفصل الثانى ﴾

وأما مايعتبر ذلك فيه مما لا يعتبر فان العقود تنقسم أولا الى قسمين قسم يكون بمعاوضة وقسم يكون بغير معاوضة كالهبات والصدقات والذى يكون بمعاوضة ينقسم ثلاثة أقسام أحدها يختص بقصد المغابنة والمكايسة وهى البيوع والاجارات والمهور والصلح والمال المضمون بالتعدى وغـيره والقسم الثانى لايختص بقصد المغابنة وانما يكون على جهة الرفق وهو القرض والقسم الثالث فهو مايصح أن يقع على الوجهين جميعا أعنى على قصد المغابنة وعلى قصد الرفق كالشركة والاقالة والتولية وتحصيل أقوال العلماء فى هذه الاقسام أما ما كان بيعا و بعوض فلاخلاف فى اشتراط القبض فيه وذلك فى الشئ الذى يشـترط فيه القبض واحد واحد من العلماء وأما ما كان خالصا للرفق أعنى القرض فلاخلاف أيضا ان القبض ليس شرطا فى بيعه أعنى انه يجوز للرجل أن يبيع القرض قبـل أن يقبضه واستثنى أبو حنيفة مما يكون بعوض المهر والخلع فقال يجوز بيعهما قبـل القبض وأما العقود التى تتردد بين قصد الرفق والمغابنة وهى التولية والشركة والاقالة فاذا وقعت على وجه الرفق من غير أن تـكون الاقالة أو التولية بزيادة أو نقصان فلاخلاف أعلمه فى المذهب ان ذلك جائز قبل القبض و بعده وقال أبو حنيفة والشافعى لاتجوز الشركة ولا التولية قبل القبض وتجوز الاقالة عندهما لانها قبل القبض فسخ بيع لا بيع فعمدة من اشترط القبض فى جميع المعاوضات انها فى معنى البيع المنهى عنه وانما استثنى مالك من ذلك التولية والاقالة والشركة للاثر والمعنى أما الأثر فما رواه من مرسل سعيد بن المسيب أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال من ابتاع طعاما فلا يبعه حتى يستوفيه الا ما كان من شركة أو تولية أو اقالة وأما من طريق المعنى فان هذه انما يراد بها الرفق لا المغابنة اذا لم تدخلها زيادة ولا نقصان وانما استثنى من ذلك أبو حنيفة الصداق والخلع والجعل لأن العوض فى ذلك ليس بينا اذ لم يكن عينا

﴿ الفصل الثالث ﴾

وأما اشتراط القبض فيما بيع من الطعام جزافا فان مالكا رخص فيه وأجازه وبه قال الاوزاعى ولم يجز ذلك أبو حنيفة والشافعى وحجتهما عموم الحديث المتضمن للنهى عن بيع الطعام قبـل قبضه لأن الذريعـة موجودة فى الجزاف وغـير الجزاف ومن الحجة لهما ماروى عن ابن عمر أنه قال كنا فى زمن رسول الله صلى الله عليه وسلم نبتاع الطعام جزافا فبعث الينا من يأمرنا بانتقاله من المكان الذى ابتعناه فيه الى مكان سواه قبل أن نبيعه قال أبو عمر وان كان مالك لم يروعن نافع فى هـذا الحديث ذكر الجزاف فقد رواه جماعة وجوده عبيد الله بن عمر وغـيره وهو مقدم فى حفظ حـديث نافع وعمدة المالكية ان الجزاف ليس فيه حق توفية فهو عندهم من ضمان المشترى بنفس العقد وهذا من باب تخصيص العموم بالقياس

المظنون العلة وقد يدخل فى هذا الباب اجماع العلماء على منع بيع الرجل شيأ لا يملكه وهو المسمى عينة عند من يرى نقله من باب الذريعة الى الربا وأما من رأى منعه من جهة انه قد لا يمكنه نقله فهو داخل فى بيوع الغرر وصورة التذرع منه الى الربا المنهى عنه أن يقول رجل لرجل أعطنى عشرة دنانير على أن أدفع لك الى مدة كذا ضعفها فيقول له هذا لا يصلح ولكن أبيع منك سلعة كذا لسلعة يسميها ليست عنده بهذا العدد ثم يعمد هو فيشترى تلك السلعة فيقبضها له بعد ان كمل البيع بينهما وتلك السلعة قيمتها قريب مما كان سأله أن يعطيه من الدراهم قرضا فيرد عليه ضعفها وفى المذهب فى هذا تفصيل ليس هذا موضع ذكره ولا خلاف فى هذه الصورة التى ذكرنا انها غير جائزة فى المذهب أعنى اذا تقارا على الثمن الذى يأخذ به السلعة قبل شرائها وأما الدين بالدين فأجمع المسلمون على منعه واختلفوا فى مسائل هل هى منه أم ليست منه مثل ما كان ابن القاسم لا يجيز أن يأخذ الرجل من غريمه فى دين له عليه تمرا قد بدا صلاحه ولا سكنى دار ولا جارية تتواضع ويراه من باب الدين بالدين وكان أشهب يجيز ذلك ويقول ليس هذا من باب الدين بالدين وانما الدين بالدين مالم يشرع فى أخذ شئ منه وهو القياس عند كثير من المالكيين وهو قول الشافعى وأبى حنيفة ومما أجازه مالك من هذا الباب وخالفه فيه جمهور العلماء ماقاله فى المدونة من ان الناس كانوا يبيعون اللحم بسعر معلوم والثمن الى العطاء فيأخذ المبتاع كل يوم وزنا معلوما قال ولم ير الناس بذلك بأسا وكذلك كل ما يبتاع فى الاسواق وروى ابن القاسم ان ذلك لا يجوز الا فيما تخشى عليه الفساد من الفواكه اذا أخذ جميعه وأما القمح وشبهه فلا فهذه هى أصول هذا الباب وهذا الباب كله انما حرم فى الشرع لمكان الغبن الذى يكون طوعا وعن علم

﴿ الباب الثالث ﴾

وهى البيوع المنهى عنها من قبل الغبن الذى سببه الغرر والغرر يوجد فى المبيعات من جهة الجهل على أوجه اما من جهة الجهل بتعيين المعقود عليه أو تعيين العقد أو من جهة الجهل بوصف الثمن والمثمون المبيع أو بقدره أو بأجله ان كان هنالك أجل واما من جهة الجهل بوجوده أو تعذر القدرة عليه وهذا راجع الى تعذر التسليم واما من جهة الجهل بسلامته أعنى بقاءه وههنا بيوع تجمع أكثر هذه أو بعضها ومن البيوع التى توجد فيها هذه الضروب من الغرر بيوع منطوق بها وبيوع مسكوت عنها والمنطوق به أكثره متفق عليه وانما يختلف فى شرح أسمائها والمسكوت عنه مختلف فيه ونحن نذكر أولا المنطوق به فى الشرع وما يتعلق به من الفقه ثم نذكر بعد ذلك من المسكوت عنه ما شهر الخلاف فيه بين فقهاء الامصار ليكون كالقانون فى نفس الفقه أعنى فى رد الفروع الى الاصول فأما المنطوق به فى الشرع فمنه نهيه صلى الله عليه وسلم عن بيع حبل الحبلة ومنها نهيه عن بيع مالم يخلق وعن بيع الثمار حتى تزهى وعن بيع الملامسة والمنابذة وعن بيع الحصاة ومنها نهيه عن المعاومة وعن بيعتين فى بيعة وعن بيع وشرط وعن بيع وسلف وعن بيع السنبل حتى يبيض والعنب حتى يسود ونهيه عن المضامين والملاقيح أما بيع الملامسة فكانت صورته فى الجاهلية أن يلمس الرجل الثوب ولا ينشره أو يبتاعه ليلا ولا يعلم ما فيه وهذا مجمع على تحريمه وسبب تحريمه الجهل بالصفة وأما بيع المنابذة فكان أن ينبذ كل واحد من المتبايعين الى صاحبه الثوب من غير أن يعين أن هذا بهذا بل كانوا يجعلون ذلك راجعا الى الاتفاق

وأما بيع الحصاة فكانت صورته عندهم ان يقول المشترى أى ثوب وقعت عليه الحصاة التى أرمى بها فهولى وقيل أيضا انهم كانوا يقولون اذا وقعت الحصاة من يدى فقد وجب البيع وهذا قمار وأما بيع حبل الحبلة ففيه تأويلان أحدهما انها كانت بيوعا يؤجلونها الى أن تنتج الناقة مافى بطنها ثم ينتج مافى بطنها والغرر من جهة الاجل فى هذا بين وقيل انما هو بيع جنين جنين الناقة وهذا من باب النهى عن بيع المضامين والملاقيح والمضامين هى مافى بطون الحوامل والملاقيح مافى ظهور الفحول فهذه كلها بيوع جاهلية متفق على تحريمها وهى محرمة من تلك الاوجه التى ذكرناها وأما بيع الثمار فانه ثبت عنه عليه الصلاة والسلام انه نهى عن بيعها حتى يبدو صلاحها وحتى تزهى ويتعلق بذلك مسائل مشهورة نذكر نحن منها عيونها وذلك أن بيع الثمار لا يخلو أن تكون قبل أن تخلق أو بعد أن تخلق ثم اذا خلقت لا يخلو أن تكون بعد الصرام أو قبله ثم اذا كان قبل الصرام فلا يخلو أن تكون قبل أن تزهى أو بعد أن تزهى وكل واحد من هذين لا يخلو أن يكون بيعا مطلقا أو بشرط التبقية أو بشرط القطع أما القسم الأول وهو بيع الثمار قبل أن تخلق فجميع العلماء مطبقون على منع ذلك لأنه من باب النهى عن بيع مالم يخلق ومن باب بيع السنين والمعاومة وقد روى عنه عليه الصلاة والسلام انه نهى عن بيع السنين وعن بيع المعاومة وهى بيع الشجر أعواما الا ماروى عن عمر بن الخطاب وابن الزبير انهما كانا يجيزان بيع الثمار سنين وأما بيعها بعد الصرام فلا خلاف فى جوازه وأما بيعها بعد ان خلقت فأكثر العلماء على جواز ذلك على التفصيل الذى نذكره الا ماروى عن أبى سلمة بن عبد الرحمن وعن عكرمة انه لا يجوز الا بعد الصرام فاذا قلنا بقول الجمهور انه يجوز قبل الصرام فلا يخلو أن تكون بعد أن تزهى أو قبل أن تزهى وقد قلنا ان ذلك لا يخلو أن يكون بيعا مطلقا أو بيعا بشرط القطع أو بشرط التبقية فأما بيعها قبل الزهو بشرط القطع فلا خلاف فى جوازه الا ماروى عن الثورى وابن أبى ليلى من منع ذلك وهى رواية ضعيفة وأما بيعها قبل الزهو بشرط التبقية فلا خلاف فى انه لا يجوز الا ماذكره اللخمى من جوازه تخريجا على المذهب وأما بيعها قبل الزهو مطلقا فاختلف فى ذلك فقهاء الامصار فجمهورهم على انه لا يجوز مالك والشافعى وأحمد واسحق والليث والثورى وغيرهم وقال أبو حنيفة يجوز ذلك الا انه يلزم المشترى عنده فيه القطع لا من جهة ماهو بيع مالم يره بل من جهة أن ذلك شرط عنده فى بيع الثمر على ماسيأتى بعد أما دليل الجمهور على منع بيعها مطلقا قبل الزهو فالحديث الثابت عن ابن عمر أن رسول الله صلى الله عليه وسلم نهى عن بيع الثمار حتى يبدو صلاحها نهى البائع والمشترى فعلم ان مابعد الغاية بخلاف ماقبل الغاية وان هذا النهى يتناول البيع المطلق بشرط التبقية ولما ظهر للجمهور أن المعنى فى هذا خوف مايصيب الثمار من الجائحة غالبا قبل أن تزهى لقوله عليه الصلاة والسلام فى حديث أنس بن مالك بعد نهيه عن بيع الثمرة قبل الزهو أرأيت ان منع الله الثمرة فبم يأخذ أحدكم مال أخيه لم يحمل العلماء النهى فى هذا على الاطلاق أعنى النهى عن البيع قبل الازهاء بل رأت أن معنى النهى هو بيعه بشرط التبقية الى الازهاء فأجازوا بيعها قبل الازهاء بشرط القطع واختلفوا اذا ورد البيع مطلقا فى هذه الحال هل يحمل على القطع وهو الجائز أو على التبقية الممنوعة فمن حمل الاطلاق على التبقية أو رأى أن النهى يتناوله بعمومه قال لا يجوز ومن حمله على القطع قال يجوز والمشهور عن مالك ان الاطلاق محمول على التبقية وقد قيل عنه

انه محمول على القطع وأما الكوفيون فحجتهم فى بيع الثمار مطلقا قبل أن تزهى حديث ابن عمر الثابت أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال من باع نخلا قد أبرت فثمرتها للبائع الا أن يشترطها المبتاع قالوا فلما جاز أن يشترطه المبتاع جاز بيعه مفردا وحملوا الحديث الوارد بالنهى عن بيع الثمار قبل أن تزهى على الندب واحتجوا لذلك بما روى عن زيد بن ثابت قال كان الناس فى عهد رسول الله صلى الله عليه وسلم يتبايعون الثمار قبل أن يبدو صلاحها فاذا جدّ الناس وحضر تقاضيهم قال المبتاع أصاب الثمر الزمان أصابه ما أضر به قشام ومراض لعاهات يذكرونها فلما كثرت خصومتهم عند النبى قال كالمشورة يشير بها عليهم لا تبيعوا الثمر حتى يبدو صلاحها ور بما قالوا ان المعنى الذى دل عليه الحديث فى قوله حتى يبدو صلاحه هو ظهور الثمرة بدليل قوله عليه الصلاة والسلام أرأيت ان منع الله الثمرة فبم يأخذ أحدكم مال أخيه وقد كان يجب على من قال من الكوفيين بهذا القول ولم يكن يرى رأى أبى حنيفة فى ان من ضرورة بيع الثمار القطع أن يجيز بيع الثمر قبل بدو صلاحها على شرط التبقية فالجمهور يحملون جواز بيع الثمار بالشرط قبل الازهاء على الخصوص أعنى اذا بيع الثمر مع الاصل وأما شراء الثمر مطلقا بعد الزهو فلا خلاف فيه والاطلاق فيه عند جمهور فقهاء الامصار يقتضى التبقية بدليل قوله عليه الصلاة والسلام أرأيت ان منع الله الثمرة الحديث ووجه الدليل منه ان الجوائح انما تطرأ فى الأكثر على الثمار قبل بدو الصلاح وأما بعد بدو الصلاح فلا تطرأ الا قليلا ولو لم يجب فى المبيع بشرط التبقية لم يكن هنالك جائحة تتوقع وكان هذا الشرط باطلا وأما الحنفية فلا يجوز عندهم بيع الثمر بشرط التبقية والاطلاق عندهم كما قلنا محمول على القطع وهو خلاف مفهوم الحديث وحجتهم أن نفس بيع الشئ يقتضى تسليمه والا لحقه الغرر ولذلك لم يجز أن تباع الاعيان الى أجل والجمهور على أن بيع الثمار مستثنى من بيع الاعيان الى أجل لكون الثمر ليس يمكن أن ييبس كله دفعة فالكوفيون خالفوا الجمهور فى بيع الثمار فى موضعين أحدهما فى جواز بيعها قبل أن تزهى والثانى فى منع تبقيتها بالشرط بعد الازهاء أو بمطلق العقد وخلافهم فى الموضع الأول أقوى من خلافهم فى الموضع الثانى أعنى فى شرط القطع وان أزهى وانما كان خلافهم فى الموضع الأول أقرب لأنه من باب الجمع بين حديثى ابن عمر المتقدمين ولأن ذلك أيضا مروى عن عمر ابن الخطاب وابن الزبير وأما بدو الصلاح الذى جوز رسول الله صلى الله عليه وسلم البيع بعده فهو أن يصفر فيه البسر ويسود فيه العنب ان كان مما يسود وبالجملة ان تظهر فى الثمر صفة الطيب هذا هو قول جماعة فقهاء الامصار لما رواه مالك عن حميد عن أنس انه صلى الله عليه وسلم سئل عن قوله حتى يزهى فقال حتى يحمر وروى عنه عليه الصلاة والسلام انه نهى عن بيع العنب حتى يسود والحب حتى يشتد وكان زيد بن ثابت فى رواية مالك عنه لا يبيع ثماره حتى تطلع الثريا وذلك لاثنتى عشرة ليلة خلت من ايار وهو مايو وهو قول ابن عمر أيضا سئل عن قول رسول الله صلى الله عليه وسلم انه نهى عن بيع الثمار حتى تنجو من العاهات فقال عبد الله بن عمر ذلك وقت طلوع الثريا وروى عن أبى هريرة عن النبى صلى الله عليه وسلم قال اذا طلع النجم صباحا رفعت العاهات عن أهل البلد وروى ابن القاسم عن مالك انه لا بأس ان يباع الحائط وان لم يزه اذا أزهى ما حوله من الحيطان اذا كان الزمان قد أمنت فيه العاهة يريد والله أعلم طلوع الثريا الا ان المشهور عنه أنه لا يباع حائط حتى يبدو فيه الزهو وقد قيل انه لا يعتبر

مع الازهاء طلوع الثريا فالمحصل فى بدو الصلاح للعلماء ثلاثة أقوال قول انه الازهاء وهو المشهور وقول انه طلوع الثريا وان لم يكن فى الحائط فى حين البيع ازهاء وقول الأمران جيعا وعلى المشهور من اعتبار الازهاء يقول مالك أنه اذا كان فى الحائط الواحد بعينه أجناس من الثمر مختلفة الطيب لم يبع كل صنف منها الابظهور الطيب فيه وخالفه فى ذلك الليث وأما الانواع المتقاربة الطيب فيجوز عنده بيع بعضها بطيب البعض وبدو الصلاح المعتبر عن مالك فى الصنف الواحد من الثمر هو وجود الازهاء فى بعضه لافى كله اذا لم يكن ذلك الازهاء مبكرا فى بعضه تبكيرا يتراخى عنه البعض بل اذا كان متتابعا لأن الوقت الذى تنجو الثمرة فيه فى الغالب من العاهات هو اذا بدا الطيب فى الثمرة ابتداء متناسقا غير منقطع وعند مالك انه اذا بدا الطيب فى نخلة بستان جاز بيعه و بيع البساتين المجاورة له اذا كان نخل البساتين من جنس واحد وقال الشافعى لايجوز الا بيع نخل البستان الذى يظهر فيه الطيب فقط ومالك اعتبر الوقت الذى تؤمن فيه العاهة اذا كان الوقت واحدا للنوع الواحد والشافعى اعتبر نقصان خلقة الثمر وذلك انه اذا لم يطب كان من بيع مالم يخلق وذلك ان صفة الطيب فيه وهى مشتراة لم تخلق بعد لكن هذا كما قال لايشترط فى كل ثمرة بل فى بعض ثمرة جنة واحدة وهذا لم يقل به أحد فهذا هو مشهور ما اختلفوا فيه من بيع الثمار * ومن المسموع الذى اختلفوا فيه من هذا الباب ماجاء عنه عليه الصلاة والسلام من النهى عن بيع السنبل حتى يبيض والعنب حتى يسود وذلك أن العلماء اتفقوا على أنه لايجوز بيع الحنطة فى سنبلها دون السنبل لأنه بيع مالم تعلم صفته ولا كثرته واختلفوا فى بيع السنبل نفسه مع الحب فجوز ذلك جهور العلماء مالك وأبو حنيفة وأهل المدينة وأهل الكوفة وقال الشافعى لايجوز بيع السنبل نفسه وان اشتد لأنه من باب الغرر وقياسا على بيعه مخلوطا بتبنه بعد الدرس وحجة الجمهور شيآن الأثر والقياس أما الأثر فماروى عن نافع عن ابن عمر أن رسول الله صلى الله عليه وسلم نهى عن بيع النخيل حتى تزهى وعن السنبل حتى تبيض وتأمن العاهة نهى البائع والمشترى وهى زيادة على مارواه مالك من هذا الحديث والزيادة اذا كانت من الثقة مقبولة وروى عن الشافعى أنه لما وصلته هذه الزيادة رجع عن قوله وذلك أنه لايصح عنده قياس مع وجود الحديث وأما بيع السنبل اذا أفرك ولم يشتد فلا يجوز عند مالك الا على القطع وأما بيع السنبل غير محصود فقيل عن مالك يجوز وقيل لايجوز الا اذا كان فى حزمه وأما بيعه فى تبنه بعد الدرس فلايجوز بلا خلاف فيما أحسب هذا اذا كان جزافا فاما ان كان مكيلا فجائز عند مالك ولا أعرف فيه قولا لغيره واختلف الذين أجازوا بيع السنبل اذا طاب على من يكون حصاده ودرسه فقال الكوفيون على البائع حتى يعمله حبا للمشترى وقال غيرهم هو على المشترى ومن هذا الباب ماثبت أن رسول الله صلى الله عليه وسلم نهى عن بيعتين فى بيعة وذلك من حديث ابن عمر وحديث ابن مسعود وأبى هريرة قال أبو عمر وكلها من نقل العدول فاتفق الفقهاء على القول بموجب هذا الحديث عموما واختلفوا فى التفصيل أعنى فى الصورة التى ينطلق عليها هذا الاسم من التى لا ينطلق عليها واتفقوا أيضا على بعضها وذلك يتصور على وجوه ثلاثة أحدها امافى مثمونين بثمنين أو مثمون واحد بثمنين أو مثمونين بثمن واحد على أن أحد البيعين قد لزم أمافى مثمونين بثمنين فان ذلك يتصور على وجهين أحدهما أن يقول له أبيعك هذه السلعة بثمن كذا على أن تبيعنى هذه الدار بثمن كذا والثانى

أن يقول له أبيعك هذه السلعة بدينار أو هذه الأخرى بدينارين وأما بيع مثمون واحد بثمنين. فان ذلك يتصور أيضا على وجهين أحدهما أن يكون أحد الثمنين نقدا والآخر نسيئة مثل أن يقول له أبيعك هذا الثوب نقدا بعشرة أو الى أجل بعشرين والوجه الثاني أن يقول له أبيعك هذا الثوب نقدا بثمن كذا على ان أشتريه منك الى أجل كذا بثمن كذا وأما مثمونان بثمن واحد فمثل أن يقول له أبيعك أحد هذين بثمن كذا فاما الوجه الأول وهو أن يقول له أبيعك هذه الدار بكذا على أن تبيعني هذا الغلام بكذا فنص الشافعي على أنه لا يجوز لأن الثمن في كليهما يكون مجهولا لأنه لو أفرد المبيعين لم يتفقا في كل واحد منهما على الثمن الذي اتفقا عليه في المبيعين في عقد واحد وأصل الشافعي في رد بيعتين في بيعة انما هو جهل الثمن أو المثمون وأما الوجه الثاني وهو أن يقول أبيعك هذه السلعة بدينار أو هذه الأخرى بدينارين على أن البيع قد لزم في أحدهما فلا يجوز عند الجميع وسواء كان النقد واحدا أو مختلفا وخالف عبد العزيز بن أبي سلمة في ذلك فاجازه اذا كان النقد واحدا أو مختلفا وعلة منعه عند الجميع الجهل وعند مالك من باب سد الذرائع لأنه ممكن أن يختار في نفسه أحد الثوبين فيكون قد باع ثوبا ودينارا بثوب ودينار وذلك لا يجوز على أصل مالك وأما الوجه الثالث وهو أن يقول له أبيعك هذا الثوب نقدا بكذا أو نسيئة بكذا فهذا اذا كان البيع فيه واجبا فلا خلاف في أنه لا يجوز وأما اذا لم يكن البيع لازما في أحدهما فاجازه مالك ومنعه أبو حنيفة والشافعي لأنهما افترقا على ثمن غير معلوم وجعله مالك من باب الخيار لأنه اذا كان عنده على الخيار لم يتصور فيه ندم يوجب تحويل أحد الثمنين في الآخر وهذا عند مالك هو المانع فعلة امتناع هذا الوجه الثالث عند الشافعي وأبي حنيفة من جهة جهل الثمن فهو عندهما من بيوع الغرر التي نهى عنها وعلة امتناعه عند مالك سد الذريعة الموجبة للربا لامكان أن يكون الذي له الخيار قد اختار أولا انفاذ العقد بأحد الثمنين المؤجل أو المعجل ثم بدا له ولم يظهر ذلك فيكون قد ترك أحد الثمنين للثمن الثاني فكأنه باع أحد الثمنين بالثاني فيدخله ثمن بثمن نسيئة أو نسيئة ومتفاضلا وهذا كله اذا كان الثمن نقدا وان كان الثمن غير نقد بل طعاما دخله وجه آخر وهو بيع الطعام بالطعام متفاضلا وأما اذا قال أشتري منك هذا الثوب نقدا بكذا على أن تبيعه مني الى أجل فهو عندهم لا يجوز باجماع لأنه من باب العينة وهو بيع الرجل ما ليس عنده ويدخله أيضا علة جهل الثمن وأما اذا قال له أبيعك أحد هذين الثوبين بدينار وقد لزمه أحدهما أيهما اختار وافترقا قبل الخيار فان كان الثوبان من صنفين وهما مما يجوز أن يسلم أحدهما في الثاني فانه لا خلاف بين مالك والشافعي في أنه لا يجوز وقال عبد العزيز بن أبي سلمة انه يجوز وعلة المنع الجهل والغرر وأما ان كانا من صنف واحد فيجوز عند مالك ولا يجوز عند أبي حنيفة والشافعي وأما مالك فانه أجازه لأنه يجيز الخيار بعد عقد المبيع في الأصناف المستوية لقلة الغرر عنده في ذلك وأما من لا يجيزه فيعتبره بالغرر الذي لا يجوز لانهما افترقا على بيع غير معلوم وبالجملة فالفقهاء متفقون على أن الغرر الكثير في المبيعات لا يجوز وأن القليل يجوز ويختلفون في أشياء من أنواع الغرر فبعضهم يلحقها بالغرر الكثير وبعضهم يلحقها بالغرر القليل المباح لترددها بين القليل والكثير فاذا قلنا بالجواز على مذهب مالك فقبض الثوب من[٧] المشتري على أن يختار فهلك أحدهما أو أصابه عيب فمن يصيبه ذلك فقيل تكون المصيبة بينهما وقيل بل يضمنه كله المشتري الا أن تقوم البينة على هلاكه وقيل فرق في ذلك بين الثياب وما يغلب عليه

---

(٧) قوله الثوب من المشتري هكذا بالنسخ ولعله الثوبين المشتري فليتأمل اهـ مصححه

و بين مالا يغلب عليه كالعبد فيضمن فيما يغلب عليه ولا يضمن فيما لا يغلب عليه وأما هل يلزمه أخذ الباقى قيل يلزم وقيل لا يلزم وهذا يذكر فى أحكام البيوع وينبغى أن نعلم أن المسائل الداخلة فى هذا المعنى هى أما عند فقهاء الامصار فمن باب الغرر وأما عند مالك فمنها ما يكون عنده من باب ذرائع الربا ومنها ما يكون من باب الغرر فهذه هى المسائل التى تتعلق بالمنطوق به فى هذا الباب وأما نهيه عن بيع الثنيا وعن بيع وشرط فهو وان كان سببه الغرر فالاشبه أن نذكرها فى المبيعات الفاسدة من قبل الشروط

﴿فصل﴾ وأما المسائل المسكوت عنها فى هذا الباب المختلف فيها بين فقهاء الامصار فكثيرة لكن نذكر منها أشهرها لتكون كالقانون للمجتهد النظار ﴿مسئلة﴾ المبيعات على نوعين مبيع حاضر مرئى فهذا لا خلاف فى بيعه ومبيع غائب أو متعذر الرؤية فهنا اختلف العلماء فقال قوم بيع الغائب لا يجوز بحال من الاحوال لا وصف ولا لم يوصف وهذا أشهر قولى الشافعى وهو المنصوص عند أصحابه أعنى ان بيع الغائب على الصفة لا يجوز وقال مالك وأكثر أهل المدينة يجوز بيع الغائب على الصفة اذا كانت غيبته مما يؤمن أن تتغير فيه قبل القبض صفته وقال أبو حنيفة يجوز بيع العين الغائبة من غير صفة ثم له اذا رآها الخيار فان شاء أنفذ البيع وان شاء رده وكذلك المبيع على الصفة من شرطه عندهم خيار الرؤية وان جاء على الصفة وعند مالك أنه اذا جاء على الصفة فهو لازم وعند الشافعى لا ينعقد البيع أصلا فى الموضعين وقد قيل فى المذهب يجوز بيع الغائب من غير صفة على شرط الخيار خيار الرؤية وقع ذلك فى المدونة وأنكره عبد الوهاب وقال هو مخالف لاصولنا وسبب الخلاف هل نقصان العلم المتعلق بالصفة عن العلم المتعلق بالحس هو جهل مؤثر فى بيع الشئ فيكون من الغرر الكثير أم ليس بمؤثر وانه من الغرر اليسير المعفو عنه فالشافعى رآه من الغرر الكثير ومالك رآه من الغرر اليسير وأما أبو حنيفة فانه رأى انه اذا كان له خيار الرؤية انه لا غرر هناك وان لم تكن له رؤية وأما مالك فرأى ان الجهل المقترن بعدم الصفة مؤثر فى انعقاد البيع ولا خلاف عند مالك ان الصفة انما تنوب عن المعاينة لمكان غيبة المبيع أو لمكان المشقة التى فى نشره وما يخاف أن يلحقه من الفساد بتكرار النشر عليه ولهذا أجاز البيع على البرنامج على الصفة ولم يجز عنده بيع السلاح فى جرابه ولا الثوب المطوى فى طيه حتى ينشر أو ينظر الى ما فى جرابها واحتج أبو حنيفة بما روى عن ابن المسيب أنه قال قال أصحاب النبى صلى الله عليه وسلم وددنا أن عثمان بن عفان وعبد الرحمن بن عوف تبايعا حتى نعلم أيهما أعظم جدا فى التجارة فاشترى عبد الرحمن من عثمان بن عفان فرسا بأرض له أخرى بأربعين ألفا أو أربعة آلاف فذكر تمام الخبر وفيه بيع الغائب مطلقا ولا بد عند أبى حنيفة من اشتراط الجنس ويدخل البيع على الصفة أو على خيار الرؤية من جهة ما هو غائب غرر آخر وهو هل هو موجود وقت العقد أو معدوم ولذلك اشترطوا فيه أن يكون قريب الغيبة الا أن يكون مأمونا كالعقار ومن ههنا أجاز مالك بيع الشئ برؤية متقدمة أعنى اذا كان من القرب بحيث يؤمن أن تتغير فيه فاعلمه ﴿مسئلة﴾ وأجمعوا على أنه لا يجوز بيع الاعيان الى أجل وان من شرطها تسليم المبيع الى المبتاع بأثر عقد الصفقة الا أن مالكا وربيعة وطائفة من أهل المدينة أجازوا بيع الجارية الرفيعة على شرط المواضعة ولم يجيزوا فيها النقد كما لم يجزه مالك فى بيع الغائب وانما منع ذلك الجمهور لما يدخله من الدين بالدين ومن عدم التسليم ويشبه أن يكون بيع الدين بالدين من هذا الباب أعنى لما يتعلق بالغرر

من عدم التسليم من الطرفين لامن باب الربا وقد تكلمنا فى علة الدين بالدين ومن هذا الباب ما كان يرى ابن القاسم أنه لايجوز أن يأخذ الرجل من غريمه فى دين له عليه ثمرا قد بدا صلاحه ويراه من باب الدين بالدين وكان أشهب يجيز ذلك ويقول انما الدين بالدين مالم يشرع فى قبض شئ منه أعنى أنه كان يرى أن قبض الاوائل من الاثمان يقوم مقام قبض الاواخر وهو القياس عند كثير من المالكيين وهو قول الشافعى وأبى حنيفة ﴿مسئلة﴾ أجمع فقهاء الامصار على بيع الثمر الذى يثمر بطنا واحدا يطيب بعضه وان لم تطب جلته معا واختلفوا فيما يثمر بطونا مختلفة وتحصيل مذهب مالك فى ذلك أن البطون المختلفة لاتخلو أن تتصل أولا تتصل فان لم تتصل لم يكن بيع مالم يخلق منها داخلا فيما خلق كشجر التين يوجد فيه الباكور والعصير ثم ان اتصلت فلايخلو أن تتميز البطون أولا تتميز فمثال المتميز جز القصيل الذى يجز مدة بعد مدة ومثال غير المتميز المباطخ والمقاثئ والباذنجان والقرع ففى الذى يتميز عنه وينفصل روايتان احداهما الجواز والاخرى المنع وفى الذى يتصل ولايتميز قول واحد وهو الجواز وخالفه الكوفيون وأحمد واسحق والشافعى فى هذا كله فقالوا لايجوز بيع بطن منها بشرط بطن آخر وحجة مالك فيما لايتميز أنه لايمكن حبس أوله على آخره فجاز أن يباع مالم يخلق منها مع ماخلق وبدا صلاحه أصله جواز بيع مالم يطب من الثمر مع ماطاب لان الغرر فى الصفة شبهه بالغرر فى عين الشئ وكأنه رأى أن الرخصة ههنا يجب أن تقاس على الرخصة فى بيع الثمار أعنى ماطاب مع مالم يطب لموضع الضرورة والاصل عنده أن من الغرر مايجوز لموضع الضرورة ولذلك منع على احدى الروايتين عنده بيع القصيل بطنا أكثر من واحد لانه لاضرورة هنالك اذا كان متميزا وأما وجه الجواز فى القصيل فتشبيهاله بما لايتميز وهو ضعيف وأما الجمهور فان هذا كله عندهم من بيع مالم يخلق ومن باب النهى عن بيع الثمار معاومة والالفت والجزر والكرنب جائز عند مالك بيعه اذا بدا صلاحه وهو استحقاقه للاكل ولم يجزه الشافعى الامقلوعا لانه من باب بيع المغيب ومن هذا الباب بيع الجوز واللوز والباقلا فى قشره أجازه مالك ومنعه الشافعى والسبب فى اختلافهم هل هو من الغرر المؤثر فى البيوع أم ليس من المؤثر وذلك انهم اتفقوا أن الغرر ينقسم بهذين القسمين وان غير المؤثر هو اليسير أو الذى تدعو اليه الضرورة أو ماجمع الامرين ومن هذا الباب بيع السمك فى الغدير أو البركة اختلفوا فيه أيضا فقال أبو حنيفة يجوز ومنعه مالك والشافعى فيما أحسب وهو الذى تقتضى أصوله ومن ذلك بيع الآبق أجازه قوم باطلاق ومنعه قوم باطلاق ومنهم الشافعى وقال مالك اذا كان معلوم الصفة معلوم الموضع عند البائع والمشترى جاز وأظنه اشترط أن يكون معلوم الاباق ويتواضعان الثمن أعنى أنه لايقبضه البائع حتى يقبضه المشترى لانه يتردد عند العقد بين بيع وسلف وهذا أصل من أصوله يمنع به النقد فى بيع المواضعة وفى بيع الغائب غير المأمون وفيما كان من هذا الجنس وممن قال بجواز بيع الآبق والبعير الشارد عثمان البتى والحجة للشافعى حديث شهر بن حوشب عن أبى سعيد الخدرى أن رسول الله صلى الله عليه وسلم نهى عن شراء العبد الآبق وعن شراء مافى بطون الانعام حتى تضع وعن شراء مافى ضروعها وعن شراء الغنائم حتى تقسم وأجاز مالك بيع لبن الغنم أياما معدودة اذا كان مايحلب منها معروفا فى العادة ولم يجز ذلك فى الشاة الواحدة وقال سائر الفقهاء لايجوز ذلك الا بكيل معلوم بعد الحلب ومن هذا الباب منع مالك بيع اللحم فى جلده ومن هذا الباب بيع المريض

مالك الا ان يكون ميؤسا منه ومنعه الشافعى وأبو حنيفة وهى رواية أخرى عنه ومن هذا الباب بيع تراب المعدن والصواغين فاجازه مالك بيع تراب المعدن بنقد يخالفه أو بعرض ولم يجز بيع تراب الصاغة ومنع الشافعى البيع فى الامرين جميعا وأجازه قوم فى الامرين جميعا وبه قال الحسن البصرى فهذه هى البيوع التى يختلف فيها أكثر ذلك من قبل الجهل بالكيفية وأما اعتبار الكمية فانهم اتفقوا على أنه لا يجوز أن يباع شئ من المكيل أو الموزون أو المعدود أو الممسوح الا أن يكون معلوم القدر عند البائع والمشترى واتفقوا على أن العلم الذى يكون بهذه الاشياء من قبل الكيل المعلوم أو الصنوج المعلومة مؤثر فى صحة البيع فى كل ما كان (٧) معلوم الكيل والوزن عند البائع والمشترى من جميع الاشياء المكيلة والموزونة والمعدودة والممسوحة وأن العلم بمقادير هذه الاشياء التى تكون من قبل الحزر والتخمين وهو الذى يسمونه الجزاف يجوز فى أشياء ويمنع فى أشياء وأصل مذهب مالك فى ذلك أنه يجوز فى كل ما المقصود منه الكثرة لا آحاده وهو عنده على اصناف منها ما أصله الكيل ويجوز جزافا وهى المكيلات والموزونات ومنها ما أصله الجزاف ويكون مكيلا وهى الممسوحات كالارضين والثياب ومنها ما لا يجوز فيها التقدير أصلا بالكيل والوزن بل انما يجوز فيها العدد فقط ولا يجوز بيعها جزافا وهى كما قلنا التى المقصود منها آحاد أعيانها وعند مالك ان التبر والفضة الغير مسكوكين يجوز بيعها جزافا ولا يجوز ذلك فى الدراهم والدنانير وقال أبو حنيفة والشافعى يجوز ويكره ويجوز عند مالك أن تباع الصبرة المجهولة على الكيل أى كل كيل منها بكذا فما كان فيها من الاكيال وقع من تلك القيمة بعد كيلها والعلم بمبلغها وقال أبو حنيفة لا يلزم الا فى كيل واحد وهو الذى سمياه ويجوز هذا البيع عند مالك فى العبيد والثياب وفى الطعام ومنعه أبو حنيفة فى الثياب والعبيد ومنع ذلك غيره فى الكل فيما أحسب للجهل بمبلغ الثمن ويجوز عند مالك أن يصدق المشترى البائع فى كيلها اذا لم يكن البيع نسيئة لانه يتهمه أن يكون صدقه لينظره بالثمن وعند غيره لا يجوز ذلك حتى يكتالها المشترى لنهيه صلى الله عليه وسلم عن بيع الطعام حتى يجرى فيه الصاعان وأجازه قوم على الاطلاق وممن منعه أبو حنيفة والشافعى وأحمد وممن أجازه باطلاق عطاء بن أبى رباح وابن أبى مليكة ولا يجوز عند مالك أن يعلم البائع الكيل ويبيع المكيل جزافا ممن يجهل الكيل ولا يجوز عند الشافعى وأبى حنيفة والمزابنة المنهى عنها هى عند مالك من هذا الباب وهى بيع مجهول الكمية بمجهول الكمية وذلك أما فى الربويات فلموضع التفاضل وأما فى غير الربويات فلعدم تحقق القدر

﴿ الباب الرابع فى بيوع الشروط والثنيا ﴾

وهذه البيوع الفساد الذى يكون فيها هو راجع الى الفساد الذى يكون من قبل الغرر ولكن لما تضمنها النص وجب ان تجعل قسما من أقسام البيوع الفاسدة على حدة والاصل فى اختلاف الناس فى هذا الباب ثلاثة أحاديث أحدها حديث جابر قال ابتاع منى رسول الله صلى الله عليه وسلم بعيرا وشرط ظهره الى المدينة وهذا الحديث فى الصحيح والحديث الثانى حديث بريرة أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال كل شرط ليس فى كتاب الله فهو باطل ولو كان مائة شرط والحديث متفق على صحته والثالث حديث جابر قال نهى رسول الله صلى الله عليه وسلم عن المحاقلة والمزابنة والمخابرة والمعاومة والثنيا ورخص فى العرايا وهو أيضا فى الصحيح خرجه مسلم ومن هذا الباب ماروى عن أبى حنيفة انه روى أن رسول الله

(٧) هكذا بالنسخ ولعله غير معلوم فليتأمل اهـ مصححه

صلى الله عليه وسلم نهى عن بيع وشرط فاختلف العلماء لتعارض هذه الاحاديث فى بيع وشرط فقال قوم البيع فاسد والشرط فاسد وممن قال بهذا القول الشافعى وأبوحنيفة وقال قوم البيع جائز والشرط جائز وممن قال بهذا القول ابن أبى شبرمة وقال قوم البيع جائز والشرط باطل وممن قال بهذا القول ابن أبى ليلى وقال أحمد البيع جائز مع شرط واحد وأما مع شرطين فلا فمن أبطل البيع والشرط أخذ بعموم نهيه عن بيع وشرط ولعموم نهيه عن الثنيا ومن أجازهما جميعا أخذ بحديث جابر الذى ذكر فيه البيع والشرط ومن أجاز البيع وأبطل الشرط أخذ بعموم حديث بريرة ومن لم يجز الشرطين وأجاز الواحد احتج بحديث عمرو بن العاص خرجه أبوداود قال قال رسول الله صلى الله عليه وسلم لايحل سلف وبيع ولايجوز شرطان فى بيع ولاربح مالم تضمن ولابيع ماليس هو عندك وأما مالك فالشروط عنده ينقسم ثلاثة أقسام شروط تبطل هى والبيع معا وشروط تجوز هى والبيع معا وشروط تبطل ويثبت البيع وقد يظن ان عنده قسما رابعا وهو ان من الشروط ما ان تمسك المشترط بشرطه بطل البيع وان تركه جاز البيع واعطاء فروق بينة فى مذهبه بين هذه الاصناف الاربعة عسير وقد رام ذلك كثير من الفقهاء وانما هى راجعة الى كثرة مايتضمن الشروط من صنفى الفساد الذى يخل بصحة البيوع وهما الربا والغرر والى قلته والى التوسط بين ذلك أو الى مايفيد نقصا فى الملك فما كان دخول هذه الاشياء فيه كثيرا من قبل الشرط أبطله وأبطل الشرط وما كان قليلا أجازه وأجاز الشرط فيها وما كان متوسطا أبطل الشرط وأجاز البيع ويرى أصحابه ان مذهبه هو أولى المذاهب اذ بمذهبه تجتمع الاحاديث كلها والجمع عندهم أحسن من الترجيح وللمتأخرين من أصحاب مالك فى ذلك تفصيلات متقاربة وأحسن من لذلك جدى والمأزرى والباجى وتفصيله فى ذلك ان قال ان الشرط فى المبيع يقع على ضربين أولين أحدهما ان يشترطه بعد انقضاء الملك مثل من يبيع الامة أو العبد ويشترط انه متى عتق كان له ولاؤه دون المشترى فمثل هذا قالوا يصح فيه العقد ويبطل الشرط لحديث بريرة والقسم الثانى ان يشترط عليه شرطا يقع فى مدة الملك وهذا قالوا ينقسم الى ثلاثة أقسام اما ان يشترط فى المبيع منفعة لنفسه واما ان يشترط على المشترى منعا من تصرف عام أو خاص واما ان يشترط ايقاع معنى فى المبيع وهذا أيضا ينقسم الى قسمين أحدهما ان يكون معنى من معانى البر والثانى ان يكون معنى ليس فيه من البر شئ فأما اذا اشترط لنفسه منفعة يسيرة لاتعود بمنع التصرف فى أصل المبيع مثل ان يبيع الدار ويشترط سكناها مدة يسيرة مثل الشهر وقيل السنة فذلك جائز على حديث جابر واما ان يشترط منعا من تصرف خاص أو عام فذلك لايجوز لانه من الثنيا مثل ان يبيع الامة على ان لايطأها أو لايبيعها واما ان يشترط معنى من معانى البر مثل العتق فان كان اشترط تعجيله جاز عنده وان تأخر لم يجز لعظم الغرر فيه وبقول مالك فى اجازة البيع بشرط العتق المعجل قال الشافعى على ان من قوله منع بيع وشرط وحديث جابر عنده مضطرب اللفظ لان فى بعض رواياته انه باعه واشترط ظهره الى المدينة وفى بعضها انه أعاره ظهره الى المدينة ومالك رأى هذا من باب الغرر اليسير فأجازه فى المدة القليلة ولم يجزه فى الكثيرة وأما أبوحنيفة فعلى أصله فى منع ذلك وأما ان اشترط معنى فى المبيع ليس ببر مثل أن لايبيعها فذلك لايجوز عند مالك وقيل عنه البيع

مفسوخ وقيل بل يبطل الشرط فقط ومما قال له البائع متى جئتك بالثمن رددت على المبيع فانه لا يجوز عند مالك لانه يكون مترددا بين البيع والسلف ان جاء بالثمن كان سلفا وان لم يجئ كان بيعا واختلف فى المذهب هل يجوز ذلك فى الاقالة أم لا فمن رأى ان الاقالة بيع فسخها عنده ما يفسخ سائر البيوع ومن رأى انها فسخ فرق بينها وبين البيوع واختلف أيضا فيمن باع شيئا بشرط أن لا يبيعه حتى ينتصف من الثمن فقيل عن مالك يجوز ذلك لان حكمه حكم الرهن ولا فرق فى ذلك بين أن يكون الرهن هو المبيع أو غيره وقيل عن ابن القاسم لا يجوز ذلك لانه شرط يمنع المبتاع التصرف فى المبيع للمدة البعيدة التى لا يجوز للبائع اشتراط المنفعة فيها فوجب ان يمنع صحة البيع ولذلك قال ابن المواز انه جائز فى الامد القصير ومن المسموع فى هذا الباب نهيه صلى الله عليه وسلم عن بيع وسلف اتفق الفقهاء على انه من البيوع الفاسدة واختلفوا اذا ترك الشرط قبل القبض فمنعه أبو حنيفة والشافعى وسائر العلماء وأجازه مالك وأصحابه الا محمد بن عبد الحكم وقد روى عن مالك مثل قول الجمهور وحجة الجمهور ان النهى يتضمن فساد المنهى عنه مع ان الثمن يكون فى المبيع مجهولا لاقتران السلف به وقد روى ان محمد ابن أحمد بن سهل البرمكى سأل عن هذه المسئلة اسماعيل بن اسحق المالكى فقال له ما الفرق بين السلف والبيع وبين رجل باع غلاما بمائة دينار وزق خمر فلما عقد البيع قال أنا أدع الزق قال وهذا البيع مفسوخ عند العلماء باجماع فأجاب اسماعيل عن هذا بجواب لا تقوم به حجة وهو ان قال له الفرق بينهما ان مشترط السلف هو مخير فى تركه أو عدم تركه وليس كذلك مسئلة زق الخمر وهذا الجواب هو نفس الشئ الذى طولب فيه بالفرق وذلك انه يقال له لم كان هنا مخيرا ولم يكن هنالك مخيرا فى ان يترك الزق ويصح البيع والاشبه ان يقال ان التحريم ههنا لم يكن لشئ محرم بعينه وهو السلف لان السلف مباح وانما وقع التحريم من أجل الاقتران أعنى اقتران البيع به وكذلك البيع فى نفسه جائز وانما امتنع من قبل اقتران الشرط به وهنالك انما امتنع البيع من أجل اقتران شئ محرم لعينه به لانه شئ محرم من قبل الشرط ونكتة المسئلة هل اذا لحق الفساد بالبيع من قبل الشرط يرتفع الفساد اذا ارتفع الشرط أم لا يرتفع كما لا يرتفع الفساد اللاحق للبيع الحلال من أجل اقتران المحرم العين به وهذا أيضا ينبنى على أصل آخر هو هل هذا الفساد حكمى أو معقول فان قلنا حكمى لم يرتفع بارتفاع الشرط وان قلنا معقول ارتفع بارتفاع الشرط فمالك رآه معقولا والجمهور رأوه غير معقول والفساد الذى يوجد فى بيوع الربا والغرر هو أكثر ذلك حكمى ولذلك ليس ينعقد عندهم أصلا وان ترك الربا بعد البيع أو ارتفع الغرر واختلفوا فى حكمه اذا وقع على ما سيأتى فى أحكام البيوع الفاسدة ومن هذا الباب بيع العربان فجمهور علماء الامصار على انه غير جائز وحكى عن قوم من التابعين انهم أجازوه منهم مجاهد وابن سيرين ونافع ابن الحرث وزيد بن أسلم وصورته ان يشترى الرجل شيأ فيدفع الى المبتاع من ثمن ذلك المبيع شيأ على انه ان نفذ البيع بينهما كان ذلك المدفوع من ثمن السلعة وان لم ينفذ ترك المشترى ذلك الجزء من الثمن عند البائع ولم يطالبه به وانما صار الجمهور الى منعه لانه من باب الغرر والمخاطرة وأكل المال بغير عوض وكان زيد يقول أجازه رسول الله صلى الله عليه وسلم وقال أهل الحديث ذلك غير معروف عن رسول الله صلى الله عليه وسلم وفى الاستثناء مسائل مشهورة من هذا الباب اختلف الفقهاء فيها

أعنى هل تدخل تحت النهى عن الثنيا أم ليس تدخل فمن ذلك ان يبيع الرجل حاملا و يستثنى ما فى بطنها فجمهور فقهاء الامصار مالك وأبو حنيفة والشافعى والثورى على انه لايجوز وقال أحمد وأبو ثور وداود ذلك جائز وهو مروى عن ابن عمر وسبب الخلاف هل المستثنى مبيع مع ما استثنى منه أم ليس بمبيع وانما هو باق على ملك البائع فمن قال مبيع قال لايجوز وهو من الثنيا المنهى عنها لما فيها من الجهل بصفته وقلة الثقة بسلامة خروجه ومن قال هو باق على ملك البائع أجاز ذلك وتحصيل مذهب مالك فيمن باع حيوانا واستثنى بعضه ان ذلك البعض لايخلو ان يكون شائعا أو معينا أو مقدرا فان كان شائعا فلا خلاف فى جوازه مثل ان يبيع عبدا الا ربعه وأما ان كان معينا فلا يخلو ان يكون مغيبا مثل الجنين أو يكون غير مغيب فان كان مغيبا فلا يجوز وان كان غير مغيب كالرأس واليد والرجل فلا يخلو الحيوان ان يكون مما يستباح ذبحه أو لايكون فان كان مما لايستباح ذبحه فانه لايجوز لانه لايجوز ان يبيع أحد غلاما ويستثنى رجله لان حقه غير مميز ولا متبعض وذلك مما لاخلاف فيه وان كان الحيوان مما يستباح ذبحه فان باعه واستثنى منه عضوا له قيمة بشرط الذبح فى المذهب فيه قولان أحدهما انه لايجوز وهو المشهور والثانى يجوز وهو قول ابن حبيب جوز بيع الشاة مع استثناء القوائم والرأس وأما اذا لم يكن للمستثنى قيمة فلا خلاف فى جوازه فى المذهب ووجه قول مالك انه ان كان استثناؤه بجلده فما تحت الجلد مغيب وان كان لم يستثنه بجلده فانه لايدرى بأى صفة يخرج له بعد كشط الجلد عنه ووجه قول ابن حبيب انه استثنى عضوا معينا معلوما فلم يضره ما عليه من الجلد أصله شراء الحب فى سنبله والجوز فى قشره وأما ان كان المستثنى من الحيوان بشرط الذبح اما عرفا واما ملفوظا به جزأ مقدرا مثل أرطال من جزور فعن مالك فى ذلك روايتان احداهما المنع وهى رواية ابن وهب والثانية الاجازة فى الارطال اليسيرة فقط وهى رواية ابن القاسم وأجمعوا من هذا الباب على جواز بيع الرجل ثمر حائطه واستثناء نخلات معينات منه قياسا على جواز شرائها واتفقوا على انه لايجوز ان يستثنى من حائط له عدة نخلات غير معينات الا بتعيين المشترى لها بعد البيع لانه بيع مالم يره المتبايعان واختلفوا فى الرجل يبيع الحائط و يستثنى منه عدة نخلات بعد البيع فمنعه الجمهور لمكان اختلاف صفة النخيل وروى عن مالك اجازته ومنع ابن القاسم قوله فى النخلات وأجازه فى استثناء الغنم وكذلك اختلف قول مالك وابن القاسم فى شراء نخلات معدودة من حائطه على ان يعينها بعد الشراء المشترى فأجازه مالك ومنعه ابن القاسم وكذلك اختلفوا اذا استثنى البائع مكيلة من حائط قال أبو عمر ابن عبد البر فمنع ذلك فقهاء الامصار الذين تدور الفتوى عليهم وألفت الكتب على مذاهبهم لنهيه صلى الله عليه وسلم عن الثنيا فى البيع لانه استثناء مكيل من جزاف وأما مالك وسلفه من أهل المدينة فانهم أجازوا ذلك فيما دون الثلث ومنعوه فيما فوقه وحملوا النهى عن الثنيا على ما فوق الثلث وشبهوا بيع ماعدا المستثنى ببيع الصبرة التى لايعلم مبلغ كيلها فتباع جزافا ويستثنى منها كيل ما وهذا الاصل أيضا مختلف فيه أعنى اذا استثنى منها كيل معلوم واختلف العلماء من هذا الباب فى بيع واجارة معا فى عقد واحد فأجازه مالك وأصحابه ولم يجزه الكوفيون ولا الشافعى لان الثمن يرون انه يكون حينئذ مجهولا ومالك يقول اذا كانت الاجارة معلومة لم يكن الثمن مجهولا وربما رآه الذين منعوه من باب بيعتين

فى بيعة وأجمعوا على أنه لايجوز السلف والبيع كما قلنا واختلف قول مالك فى اجازة السلف والشركة فمرة أجاز ذلك ومرة منعه وهذه كلها اختلف العلماء فيها لاختلافهم بالاقل والاكثر فى وجود علل المنع فيها المنصوص عليها فمن قويت عنده علة المنع فى مسئلة منها منعها ومن لم تقو عنده أجازها وذلك راجع الى ذوق المجتهد لان هذه المواد يتجاذب القول فيها الى الضدين على السواء عند النظر فيها ولعل فى أمثال هذه المواد يكون القول بتصويب كل مجتهد صوابا ولهذا ذهب بعض العلماء فى أمثال هذه المسائل الى التخيير

﴿ الباب الخامس فى البيوع المنهى عنها من أجل الضرر أو الغبن ﴾

والمسموع من هذا الباب ماثبت من نهيه صلى الله عليه وسلم عن أن يبيع الرجل على بيع أخيه وعن أن يسوم أحد على سوم أخيه ونهيه عن تلقى الركبان ونهيه عن أن يبيع حاضر لباد ونهيه عن النجش وقد اختلف العلماء فى تفصيل معانى هذه الآثار اختلافا ليس بمتباعد فقال مالك معنى قوله عليه الصلاة والسلام لايبع بعضكم على بيع بعض ومعنى نهيه عن أن يسوم أحد على سوم أخيه واحد وهى فى الحالة التى اذا ركن البائع فيها الى السائم ولم يبق بينهما الاشئ يسير مثل اختيار الذهب أو اشتراط العيوب أو البراءة منها وبمثل تفسير مالك فسر أبو حنيفة هذا الحديث وقال الثورى معنى لايبع بعضكم على بيع بعض أن لايطرأ رجل آخر على المتبايعين فيقول عندى خير من هذه السلعة ولم يحد وقت ركون ولاغيره وقال الشافعى معنى ذلك اذا تم البيع باللسان ولم يفترقا فأتى أحد يعرض عليه سلعة له هى خير منها وهذا بناء على مذهبه فى أن البيع انما يلزم بالافتراق فهو ومالك متفقان على أن النهى انما يتناول حالة قرب لزوم البيع ومختلفان فى هذه الحالة ماهى لاختلافهما فيما به يكون اللزوم فى البيع على ماسنذكره بعد وفقهاء الامصار على أن هذا البيع يكره وان وقع مضى لانه سوم على بيع لم يتم وقال داود وأصحابه ان وقع فسخ فى أى حالة وقع تمسكا بالعموم وروى عن مالك وعن بعض أصحابه فسخه مالم يفت وأنكر ابن الماجشون ذلك فى البيع فقال وانما قال بذلك مالك فى النكاح وقد تقدم ذلك واختلفوا فى دخول الذمى فى النهى عن سوم أحد على سوم غيره فقال الجمهور لافرق فى ذلك بين الذمى وغيره وقال الاوزاعى لابأس بالسوم على سوم الذمى لانه ليس بأخى المسلم وقد قال صلى الله عليه وسلم لايسم أحد على سوم أخيه ومن ههنا منع قوم بيع المزايدة وان كان الجمهور على جوازه وسبب الخلاف بينهم هل يحمل هذا النهى على الكراهة أو على الحظر ثم اذا حمل على الحظر فهل يحمل على جميع الاحوال أو فى حالة دون حالة

﴿فصل﴾ وأما نهيه عن تلقى الركبان للبيع فاختلفوا فى مفهوم النهى ماهو فرأى مالك ان المقصود بذلك أهل الاسواق لئلا ينفرد المتلقى برخص السلعة دون أهل الاسواق ورأى أنه لايجوز أن يشترى أحد سلعة حتى تدخل السوق هذا اذا كان التلقى قريبا فان كان بعيدا فلابأس به وحد القرب فى المذهب بنحو من ستة أميال ورأى انه اذا وقع جاز ولكن يشرك المشترى أهل الاسواق فى تلك السلعة التى من شأنها أن يكون ذلك سوقها وأما الشافعى فقال ان المقصود بالنهى انما هو لاجل البائع لئلا يغبنه المتلقى لان البائع يجهل سعر البلد وكان يقول اذا وقع فرب السلعة بالخيار ان شاء أنفذ البيع أورده

ومذهب الشافعى هو نص فى حديث أبى هريرة الثابت عن رسول الله صلى الله عليه وسلم أنه قال عليه الصلاة والسلام لا تتلقوا الجلب فمن تلقى منه شيأ فاشتراه فصاحبه بالخيار اذا أتى السوق خرجه مسلم وغيره

﴿فصل﴾ وأما نهيه صلى الله عليه وسلم عن بيع الحاضر للبادى فاختلف العلماء فى معنى ذلك فقال قوم لا يبيع أهل الحضر لاهل البادية قولا واحدا واختلف عنه فى شراء الحضرى للبدوى فمرة أجازه وبه قال ابن حبيب ومرة منعه وأهل الحضر عنده هم الامصار وقد قيل عنه انه لا يجوز ان يبيع أهل القرى لاهل العمود المنتقلين وبمثل قول مالك قال الشافعى والاوزاعى وقال أبو حنيفة وأصحابه لا بأس ان يبيع الحاضر للبادى ويخبره بالسعر وكرهه مالك أعنى أن يخبر الحضرى البادى بالسعر وأجازه الاوزاعى والذين منعوه اتفقوا على أن القصد بهذا النهى هو ارفاق أهل الحضر لان الاشياء عند أهل البادية أيسر من أهل الحاضرة وهى عندهم أرخص بل أكثر ما يكون مجانا عندهم أى بغير ثمن فكأنهم رأوا انه يكره ان ينصح الحضرى للبدوى وهذا مناقض لقوله عليه الصلاة والسلام الدين النصيحة وبهذا تمسك فى جوازه أبو حنيفة وحجة الجمهور حديث جابر خرجه مسلم وأبو داود قال قال رسول الله صلى الله عليه وسلم لا يبيع حاضر لباد ذروا الناس يرزق الله بعضهم من بعض وهذه الزيادة انفرد بها أبو داود فيما أحسب والاشبه ان يكون من باب غبن البدوى لانه يرد والسعر مجهول عنده الا ان تثبت هذه الزيادة ويكون على هذا الحديث معنى النهى عن تلقى الركبان على ما تأوله الشافعى وجاء فى الحديث الثابت واختلفوا اذا وقع فقال الشافعى اذا وقع فقد تم وجاز البيع لقوله عليه الصلاة والسلام دعوا الناس يرزق الله بعضهم من بعض واختلف فى هذا المعنى أصحاب مالك فقال بعضهم يفسخ وقال بعضهم لا يفسخ

﴿فصل﴾ وأما نهيه عليه الصلاة والسلام عن النجش فاتفق العلماء على منع ذلك وأن النجش هو أن يزيد أحد فى سلعة وليس فى نفسه شراؤها يريد بذلك أن ينفع البائع ويضر المشترى واختلفوا اذا وقع هذا البيع فقال أهل الظاهر هو فاسد وقال مالك هو كالعيب والمشترى بالخيار ان شاء أن يرد ردّ وان شاء أن يمسك أمسك وقال أبو حنيفة والشافعى ان وقع أثم وجاز البيع وسبب الخلاف هل يتضمن النهى فساد المنهى وان كان النهى ليس فى نفس الشئ بل من خارج فمن قال يتضمن فسخ البيع لم يجزه ومن قال ليس يتضمن أجازه والجمهور على أن النهى اذا ورد لمعنى فى المنهى عنه أنه يتضمن الفساد مثل النهى عن الربا والغرر واذا ورد الأمر من خارج لم يتضمن الفساد ويشبه أن يدخل فى هذا الباب نهيه عليه الصلاة والسلام عن بيع الماء لقوله عليه الصلاة والسلام فى بعض ألفاظه أنه نهى عن بيع فضل الماء ليمنع به الكلأ وقال أبو بكر بن المنذر ثبت أن رسول الله صلى الله عليه وسلم نهى عن بيع الماء ونهى عن بيع فضل الماء ليمنع به الكلأ وقال لا يمنع رهو بئر ولا بيع ماء واختلف العلماء فى تأويل هذا النهى فحمله جماعة من العلماء على عمومه فقالوا لا يحل بيع الماء بحال كان من بئر أو غدير أو عين فى أرض مملكة أو غير مملكة غير انه ان كان مملكا كان أحق بمقدار حاجته منه وبه قال يحيى بن يحيى قال أربع لا أرى أن يمنعن الماء والنار والحطب والكلأ وبعضهم خصص هذه الأحاديث لمعارضة الأصول لها وهو أنه لا يحل مال أحد الا بطيب نفس منه كما قال عليه الصلاة والسلام وانعقد عليه الاجماع والذين خصصوا هذا المعنى اختلفوا

فى جهة تخصيصه فقال قوم معنى ذلك أن البئر يكون بين الشريكين يسقى هذا يوما وهذا يوما فيروى زرع أحدهما فى بعض يومه ولا يروى فى اليوم الذى لشريكه زرعه فيجب عليه أن لا يمنع شريكه من الماء بقية ذلك اليوم وقال بعضهم انما تأويل ذلك فى الذى يزرع على مائه فتنهار بئره ولجاره فضل ماء أنه ليس لجاره أن يمنعه فضل مائه الى أن يصلح بئره والتأويلان قريبان ووجه التأويلين انهم حملوا المطلق فى هذين الحديثين على المقيد وذلك انه نهى عن بيع الماء مطلقا ثم نهى عن منع فضل الماء فحملوا المطلق فى هذا الحديث على المقيد وقالوا الفضل هو الممنوع فى الحديثين وأما مالك فأصل مذهبه ان الماء متى كان فى أرض مملكة منبعه فهو لصاحب الأرض له بيعه ومنعه الا أن يرد عليه قوم لاثمن معهم ويخاف عليهم الهلاك وحمل الحديث على آبار الصحراء التى تتخذ فى الأرضين الغير مملكة فرأى ان صاحبها أعنى الذى حفرها أولى بها فاذا روت ماشيته ترك الفضل للناس وكأنه رأى أن البئر لا تملك بالاحياء ومن هذا الباب التفرقة بين الوالدة وولدها وذلك أنهم اتفقوا على منع التفرقة فى المبيع بين الأم وولدها لثبوت قوله عليه الصلاة والسلام من فرق بين والدة وولدها فرق الله بينه وبين أحبته يوم القيامة واختلفوا من ذلك فى موضعين فى وقت جواز التفرقة وفى حكم البيع اذا وقع فاما حكم البيع فقال مالك يفسخ وقال الشافعى وأبو حنيفة لا يفسخ وأثم البائع والمشترى وسبب الخلاف هل النهى يقتضى فساد المنهى اذا كان لعلة من خارج وأما الوقت الذى ينتقل فيه المنع الى الجواز فقال مالك حد ذلك الاثغار وقال الشافعى حد ذلك سبع سنين أو ثمان وقال الاوزاعى حده فوق عشرة سنين وذلك أنه اذا نفع نفسه واستغنى فى حياته عن أمه ويلحق بهذا الباب اذا وقع فى البيع غبن لا يتغابن الناس بمثله هل يفسخ البيع أم لا فالمشهور فى المذهب أن لا يفسخ وقال عبد الوهاب اذا كان فوق الثلث رد وحكاه عن بعض أصحاب مالك وجعله عليه الصلاة والسلام الخيار لصاحب الجلب اذا تلقى خارج المصر دليل على اعتبار الغبن وكذلك ما جعل لمنقذ بن حبان من الخيار ثلاثا لما ذكر له أنه يغبن فى البيوع ورأى قوم من السلف الأول أن حكم الوالد فى ذلك حكم الوالدة وقوم رأوا ذلك فى الاخوة

﴿ الباب السادس فى النهى من قبل وقت العبادات ﴾

وذلك انما ورد فى الشرع فى وقت وجوب المشى الى الجمعة فقط لقوله تعالى (اذا نودى للصلاة من يوم الجمعة فاسعوا الى ذكر الله وذروا البيع) وهذا أمر مجمع عليه فيما أحسب أعنى منع البيع عند الأذان الذى يكون بعد الزوال والامام على المنبر واختلفوا فى حكمه اذا وقع هل يفسخ أو لا يفسخ فان فسخ فعلى من يفسخ وهل يلحق سائر العقود فى هذا المعنى بالبيع أم لا يلحق فالمشهور عن مالك أنه يفسخ وقد قيل لا يفسخ وهذا مذهب الشافعى وأبى حنيفة وسبب الخلاف كما قلنا غير مامرة هل النهى الوارد لسبب من خارج يقتضى فساد المنهى عنه أو لا يقتضيه وأما على من يفسخ فعند مالك على من تجب عليه الجمعة لا على من لا تجب عليه وأما أهل الظاهر فتقتضى أصولهم أن يفسخ على كل بائع وأما سائر العقود فيحتمل أن تلحق بالبيوع لأن فيها المعنى الذى فى البيع من الشغل به عن السعى الى الجمعة ويحتمل أن لا يلحق به لأنها تقع فى هذا الوقت نادرا بخلاف البيوع وأما سائر الصلوات فيمكن أن تلحق بالجمعة على جهة الندب لمرتقب الوقت فاذا فات فعلى جهة الحظر وان كان لم يقل به أحد فى مبلغ علمى ولذلك مدح الله

تاركي البيوع لمكان الصلاة فقال تعالى (رجال لا تلهيهم تجارة ولا بيع عن ذكر الله واقام الصلاة وايتاء الزكاة) واذ قد أثبتت أسباب الفساد العامة للبيوع فلنصر الى ذكر الاسباب والشروط المصححة له وهو القسم الثاني من النظر العام في البيوع ﴿القسم الثاني﴾ والاسباب والشروط المصححة للبيع هي بالجملة ضد الاسباب المفسدة له وهي منحصرة في ثلاثة أجناس النظر الأول في العقد والثاني في المعقود عليه والثالث في العاقدين ففي هذا القسم ثلاثة أبواب

﴿الباب الأول في العقد﴾

والعقد لا يصح الا بألفاظ البيع والشراء التي صيغتها ماضية مثل أن يقول البائع قد بعت منك ويقول المشتري قد اشتريت منك واذا قال له بعني سلعتك بكذا وكذا فقال قد بعتها فعند مالك ان البيع قد وقع وقد لزم المستفهم الا أن يأتي في ذلك بعذر وعند الشافعي أنه لا يتم البيع حتى يقول المشتري قد اشتريت وكذلك اذا قال المشتري للبائع بكم تبيع سلعتك فيقول المشتري بكذا وكذا فقال قد اشتريت منك اختلف هل يلزم البيع أم لا حتى يقول قد بعتها منك وعند الشافعي أنه يقع البيع بالالفاظ الصريحة وبالكناية ولا أذكر لمالك في ذلك قولا ولا يكفي عند الشافعي المعاطاة دون قول ولا خلاف فيما أحسب ان الايجاب والقبول المؤثرين في اللزوم لا يتراخى أحدهما عن الثاني حتى يفترق المجلس أعني انه متى قال البائع قد بعت سلعتي بكذا وكذا فسكت المشتري ولم يقبل البيع حتى افترقا ثم أتى بعد ذلك فقال قد قبلت أنه لا يلزم ذلك البائع واختلفوا متى يكون اللزوم فقال مالك وأبو حنيفة وأصحابهما وطائفة من أهل المدينة ان البيع يلزم في المجلس بالقول وان لم يفترقا وقال الشافعي وأحمد واسحق وأبو ثور وداود وابن عمر من الصحابة رضي الله عنهم البيع لازم بالافتراق من المجلس وانهما مهما لم يفترقا فليس يلزم البيع ولا ينعقد وهو قول ابن أبي ذئب في طائفة من أهل المدينة وابن المبارك وسوار القاضي وشريح القاضي وجماعة من التابعين وغيرهم وهو مروي عن ابن عمر وأبي برزة الاسلامي من الصحابة ولا مخالف لهما من الصحابة وعمدة المشترطين لخيار المجلس حديث مالك عن نافع عن ابن عمر أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال المتبايعان كل واحد منهما بالخيار على صاحبه مالم يفترقا الا بيع الخيار وفي بعض روايات هذا الحديث الا أن يقول أحدهما لصاحبه اختر وهذا حديث اسناده عند الجميع من أوثق الاسانيد وأصحها حتى لقد زعم أبو محمد ان مثل هذا الاسناد يوقع العلم وان كان من طريق الآحاد وأما المخالفون فقد اضطرب بهم وجه الدليل لمذهبهم في رد العمل بهذا الحديث فالذي اعتمد عليه مالك رحمه الله في رد العمل به انه لم يلف عمل أهل المدينة عليه مع أنه قد عارضه عنده مارواه من منقطع حديث ابن مسعود أنه قال أيما بيعين تبايعا فالقول قول البائع أو يترادان فكأنه حمل هذا على عمومه وذلك يقتضي أن يكون في المجلس وبعد المجلس ولو كان المجلس شرطا في انعقاد البيع لم يكن يحتاج فيه الى تبيين حكم الاختلاف في المجلس لان البيع بعد لم ينعقد ولا لزم بل بعد الافتراق من المجلس وهذا الحديث منقطع ولا يعارض به الاول وبخاصة أنه لا يعارضه الا مع توهم العموم فيه والاولى أن يبنى هذا على ذلك وهذا الحديث لم يخرجه أحد مسندا فيما أحسب فهذا هو الذي اعتمده مالك رحمه الله في ترك العمل بهذا الحديث وأما أصحاب مالك فاعتمدوا في ذلك على ظواهر سمعية وعلى القياس فمن أظهر الظواهر في ذلك قوله عز وجل

(يأيها الذين آمنوا أوفوا بالعقود) والعقد هو الايجاب والقبول والامر على الوجوب وخيار المجلس يوجب ترك الوفاء بالعقد لان له عندهم أن يرجع فى البيع بعدما أنعم ملم يفترقا وأما القياس فانهم قالوا عقد معاوضة فلم يكن لخيار المجلس فيه أثر أصله سائر العقود مثل النكاح والكتابة والخلع والرهون والصلح على دم العمد فلما قيل لهم ان الظواهر التى تحتجون بها يخصصها الحديث المذكور فلم يبق لكم فى مقابلة الحديث الا القياس فيلزمكم على هذا أن تكونوا ممن يرى تغليب القياس على الاثر وذلك مذهب مهجور عند المالكية وان كان قد روى عن مالك تغليب القياس على السماع مثل قول أبى حنيفة فاجابوا عن ذلك بان هذا ليس من باب رد الحديث بالقياس ولا تغليب وانما هو من باب تأويله وصرفه عن ظاهره قالوا وتأويل الظاهر بالقياس متفق عليه عند الأصوليين قالوا ولنا فيه تأويلان أحدهما ان المتبايعين فى الحديث المذكور هما المتساومان اللذان لم ينفذ بينهما البيع فقيل لهم انه يكون الحديث على هذا لا فائدة فيه لأنه معلوم من دين الامة انهما بالخيار اذ لم يقع بينهما عقد بالقول وأما التأويل الآخر فقالوا ان التفرق ههنا انما هو كناية عن الافتراق بالقول لا التفرق بالأبدان كما قال الله تعالى (وان يتفرقا يغن الله كلا من سعته) والاعتراض على هذا ان هذا مجاز لا حقيقة والحقيقة هى التفرق بالابدان ووجه الترجيح أن يقاس بين ظاهر هذا اللفظ والقياس فيغلب الاقوى والحكمة فى ذلك هى لموضع الندم فهذه هى أصول الركن الاول الذى هو العقد (وأما الركن الثانى) الذى هو المعقود عليه فانه يشترط فيه سلامته من الغرر والربا وقد تقدم المختلف فى هذه من المتفق عليه وأسباب الاختلاف فى ذلك فلا معنى لتكراره والغرر ينتفى عن الشئ بأن يكون معلوم الوجود معلوم الصفة معلوم القدر مقدورا على تسليمه وذلك فى الطرفين الثمن والمثمون معلوم الاجل أيضا ان كان بيعا مؤجلا (وأما الركن الثالث) وهما العاقدان فانه يشترط فيهما أن يكونا مالكين تامى الملك أو وكيلين تامى الوكالة بالغين وأن يكونا مع هذا غير محجور عليهما أو على أحدهما اما لحق أنفسهما كالسفيه عند من يرى التحجير عليه أو لحق الغير كالعبد الا أن يكون العبد مأذونا له فى التجارة واختلفوا من هذا فى بيع الفضولى هل ينعقد أم لا وصورته أن يبيع الرجل مال غيره بشرط ان رضى به صاحب المال أمضى البيع وان لم يرض فسخ وكذلك فى شراء الرجل للرجل بغير اذنه على أنه ان رضى المشترى صح الشراء والا لم يصح فمنعه الشافعى فى الوجهين جميعا وأجازه مالك فى الوجهين جميعا وفرق أبو حنيفة بين البيع والشراء فقال يجوز فى البيع ولا يجوز فى الشراء وعمدة المالكية ماروى أن النبى صلى الله عليه وسلم دفع الى عروة البارقى دينارا وقال اشتر لنا من هذا الجلب شاة قال فاشتريت شاتين بدينار وبعت احدى الشاتين بدينار وجئت بالشاه والدينار فقلت يارسول الله هذه شاتكم وديناركم فقال اللهم بارك له فى صفقة يمينه ووجه الاستدلال منه أن النبى صلى الله عليه وسلم لم يأمره فى الشاة الثانية لا بالشراء ولا بالبيع فصار ذلك حجة على أبى حنيفه فى صحة الشراء للغير وعلى الشافعى فى الأمرين جميعا وعمدة الشافعى النهى الوارد عن بيع الرجل ماليس عنده والمالكية تحمله على بيعه لنفسه لا لغيره قالوا والدليل على ذلك ان النهى انما ورد فى حكيم بن حزام وقضيته مشهورة وذلك انه كان يبيع لنفسه ماليس عنده وسبب الخلاف المسئلة المشهورة هل اذا ورد النهى على سبب حمل على سببه أو يعم فهذه هى أصول هذا القسم وبالجملة فالنظر فى هذا القسم هو منطو بالقوة فى الجزء الأول

ولكن النظر الصناعي الفقهي يقتضي أن يفرد بالتكلم فيه واذ قد تكلمنا في هذا الجزء بحسب غرضنا فنصر الى القسم الثالث وهو القول في الأحكام العامة للبيوع الصحيحة

﴿ القسم الثالث القول في الأحكام العامة للبيوع الصحيحة ﴾

وهذا القسم تنحصر أصوله التي لها تعلق قريب بالمسموع في أربع جمل الجملة الاولى في أحكام وجود العيب في المبيعات والجملة الثانية في الضمان في المبيعات متى ينتقل من ملك البائع الى ملك المشتري والثالثة في معرفة الاشياء التي تتبع المبيع مما هي موجودة فيه في حين البيع من التي لا تتبعه والرابعة في اختلاف المتبايعين وان كان الأليق به كتاب الأقضية وكذلك أيضا من أبواب أحكام البيوع الاستحقاق وكذلك الشفعة هي أيضا من الاحكام الطارئة عليه لكن جرت العادة أن يفرد لها كتاب

﴿ الجملة الاولى ﴾ وهذه الجملة فيها بابان الباب الاول في أحكام وجود العيوب في البيع المطلق والباب الثاني في أحكامها في البيع بشرط البراءة

﴿ الباب الأول في أحكام العيوب في البيع المطلق ﴾

والأصل في وجوب الرد بالعيب قوله تعالى (الا أن تكون تجارة عن تراض منكم) وحديث المصراة المشهور ولما كان القائم بالعيب لا يخلو أن يقوم في عقد يوجب الرد أو يقوم في عقد لا يوجب ذلك ثم اذا قام في عقد يوجب الرد فلا يخلو أيضا أن يقوم بعيب يوجب حكما أو لا يوجبه ثم ان قام بعيب يوجب حكما فلا يخلو المبيع أيضا أن يكون قد حدث فيه تغير بعد البيع أو لا يكون فان كان لم يحدث فما حكمه وان كان حدث فيه فكم أصناف التغييرات وما حكمها كانت الفصول المحيطة باصول هذا الباب خمسة الفصل الاول في معرفة العقود التي يجب فيها بوجود العيب حكم من التي لا يجب ذلك فيها الثاني في معرفة العيوب التي توجب الحكم وما شرطها الموجب للحكم فيها الثالث في معرفة حكم العيب الموجب اذا كان المبيع لم يتغير الرابع في معرفة أصناف التغيرات الحادثة عند المشتري وحكمها الخامس في القضاء في هذا الحكم عند اختلاف المتبايعين وان كان أليق بكتاب الاقضية

﴿ الفصل الاول من الباب الاول ﴾

أما العقود التي يجب فيها بالعيب حكم بلا خلاف فهي العقود التي المقصود منها المعاوضة كما أن العقود التي ليس المقصود منها المعاوضة لا خلاف أيضا في أنه لا تأثير للعيب فيها كالهبات لغير الثواب والصدقة وأما ما بين هذين الصنفين من العقود أعني ما جمع قصد المكارمة والمعاوضة مثل هبة الثواب فالاظهر في المذهب أنه لا حكم فيها بوجود العيب وقد قيل يحكم به اذا كان العيب مفسدا

﴿ الفصل الثاني ﴾

وفي هذا الفصل نظران أحدهما في العيوب التي توجب الحكم والنظر الثاني في الشرط الموجب له

﴿ النظر الأول ﴾ فاما العيوب التي توجب الحكم فمنها عيوب في النفس ومنها عيوب في البدن وهذه منها ما هي عيوب بان تشترط اضدادها في المبيع وهي التي تسمى عيوبا من قبل الشرط ومنها ما هي عيوب توجب الحكم وان لم يشترط وجود اضدادها في المبيع وهذه هي التي فقدها نقص في أصل الخلقة وأما العيوب الاخر فهي التي اضدادها كمالات وليس فقدها نقصا مثل الصنائع وأكثر ما يوجد هذا الصنف

فى أحوال النفس وقد يوجد فى أحوال الجسم والعيوب الجسمانية منها ماهى فى أجسام ذوات الانفس ومنها ماهى فى غير ذوات الانفس والعيوب التى لها تأثير فى العقد هى عند الجميع مانقص عن الخلقة الطبيعية أو عن الخلق الشرعى نقصانا له تأثير فى ثمن المبيع وذلك يختلف بحسب اختلاف الازمان والعوائد والاشخاص فربما كان النقص فى الخلقة فضيلة فى الشرع كالخفاض فى الاماء والختان فى العبيد ولتقارب هذه المعانى فى شئ شئ مما يتعامل الناس به وقع الخلاف بين الفقهاء فى ذلك ونحن نذكر من هذه المسائل مااشتهر الخلاف فيه بين الفقهاء ليكون مايحصل من ذلك فى نفس الفقيه يعود كالقانون والدستور الذى يعمل عليه فيمالم يجد فيه نصا عمن تقدمه أو فيما لم يقف على نص فيه لغيره فمن ذلك وجود الزنا فى العبيد اختلف العلماء فيه فقال مالك والشافعى هو عيب وقال أبو حنيفة ليس بعيب وهو نقص فى الخلق الشرعى الذى هو العفة والزواج عند مالك عيب وهو من العيوب العائقة عن الاستعمال وكذلك الدين وذلك أن العيب بالجملة هو ماعاق فعل النفس أو فعل الجسم وهذا العائق قد يكون فى الشئ وقد يكون من خارج وقال الشافعى ليس الدين ولا الزواج بعيب فيما أحسب والحمل فى الرائعة عيب عند مالك وفى كونه عيبا فى الوخش خلاف فى المذهب والتصرية عند مالك والشافعى عيب وهو حقن اللبن فى الثدى أياما حتى يوهم ذلك أن الحيوان ذو لبن غزير وحجتهم حديث المصراة المشهور وهو قوله صلى الله عليه وسلم لاتصروا الابل والبقر فمن فعل ذلك فهو بخير النظرين ان شاء أمسكها وان شاء ردها وصاعا من تمر قالوا فاثبت له الخيار بالرد مع التصرية وذلك دال على كونه عيبا مؤثرا قالوا وأيضا فانه مدلس فاشبه التدليس بسائر العيوب وقال أبو حنيفة وأصحابه ليست التصرية عيبا للاتفاق على أن الانسان اذا اشترى شاة فخرج لبنها قليلا ان ذلك ليس بعيب قالوا وحديث المصراة يجب أن لا يوجب عملا لمفارقته الاصول وذلك انه مفارق للاصول من وجوه فمنها أنه معارض لقوله عليه الصلاة والسلام الخراج بالضمان وهو أصل متفق عليه ومنها ان فيه معارضة منع بيع طعام بطعام نسيئة وذلك لايجوز باتفاق ومنها أن الأصل فى المتلفات اما القيم واما المثل واعطاء صاع من تمر فى لبن ليس قيمة ولا مثلا ومنها بيع الطعام المجهول أى الجزاف بالمكيل المعلوم لأن اللبن الذى دلس به البائع غير معلوم القدر وأيضا فانه يقل ويكثر والعوض ههنا محدود ولكن الواجب أن يستثنى هذا من هذه الأصول كلها لموضع صحة الحديث وهذا كأنه ليس من هذا الباب وانما هو حكم خاص ولكن اطرد اليه القول فلنرجع الى حيث كنا فنقول انه لاخلاف عندهم فى العور والعمى وقطع اليد والرجل انها عيوب مؤثرة وكذلك المرض فى أى عضو كان أو كان فى جملة البدن والشيب فى المذهب عيب فى الرائعة وقيل لابأس باليسير منه فيها وكذلك الاستحاضة عيب فى الرقيق والوخش وكذلك ارتفاع الحيض عيب فى المشهور من المذهب والزعر عيب وأمراض الحواس والأعضاء كلها عيب باتفاق وبالجملة فأصل المذهب ان كل ماأثر فى القيمة أعنى نقص منها فهو عيب والبول فى الفراش عيب وبه قال الشافعى وقال أبو حنيفة ترد الجارية به ولا يرد العبد به والتأنيث فى الذكر والتذكير فى الأنثى عيب هذا كله فى المذهب الاماذكرنا فيه الاختلاف

﴿النظر الثانى﴾ وأما شرط العيب الموجب للحكم به فهو أن يكون حادثا قبل أمد التبايع باتفاق أو فى العهدة عند من يقول بها فيجب ههنا أن نذكر اختلاف الفقهاء فى العهدة فنقول انفرد مالك

بالقول بالعهدة دون سائر فقهاء الأمصار وسلفه فى ذلك أهل المدينة الفقهاء السبعة وغيرهم ومعنى العهدة ان كل عيب حدث فيها عند المشترى فهو من البائع وهى عند القائلين بها عهدتان عهدة الثلاثة الأيام وذلك من جميع العيوب الحادثة فيها عند المشترى وعهدة السنة وهى من العيوب الثلاثة الجذام والبرص والجنون فما حدث فى السنة من هذه الثلاث بالمبيع فهو من البائع وما حدث من غيرها من العيوب كان من ضمان المشترى على الأصل وعهدة الثلاث عند المالكية بالجملة بمنزلة أيام الخيار وأيام الاستبراء والنفقة فيها والضمان من البائع وأما عهدة السنة فالنفقة فيها والضمان من المشترى الامن الادواء الثلاثة وهذه العهدة عند مالك فى الرقيق وهى أيضا واقعة فى أصناف البيوع فى كل ما القصد منه المماكسة والمحاكرة وكان بيعا لا فى الذمة هذا ما لا خلاف فيه فى المذهب واختلف فى غير ذلك وعهدة السنة تحسب عنده بعد عهدة الثلاث فى الاشهر من المذهب وزمان المواضعة يتداخل مع عهدة الثلاث ان كان زمان المواضعة أطول من عهدة الثلاث وعهدة السنة لا تتداخل مع عهدة الاستبراء هذا هو الظاهر من المذهب وفيه اختلاف وقال الفقهاء السبعة لا يتداخل منها عهدة مع ثانية فعهدة الاستبراء أولا ثم عهدة الثلاث ثم عهدة السنة واختلف أيضا عن مالك هل تلزم العهدة فى كل البلاد من غير أن يحمل أهلها عليها فروى عنه الوجهان فاذا قيل لا يلزم أهل هذه البلد الا أن يكونوا قد حملوا على ذلك فهل يجب أن يحمل عليها أهل كل بلد أم لا فيه قولان فى المذهب ولا يلزم النقد فى عهدة الثلاث وان اشترط ويلزم فى عهدة السنة والعلة فى ذلك انه لم يكمل تسليم البيع فيها للبائع قياسا على بيع الخيار لتردد النقد فيها بين السلف والبيع فهذه كلها مشهورات أحكام العهدة فى مذهب مالك وهى كلها فروع مبنية على صحة العهدة فلنرجع الى تقرير حجج المثبتين لها والمبطلين أما عمدة مالك رحمه الله فى العهدة وحجته التى عول عليها فهى عمل أهل المدينة وأما أصحابه المتأخرون فانهم احتجوا بما رواه الحسن عن عقبه بن عامر عن النبى صلى الله عليه وسلم قال عهدة الرقيق ثلاثة أيام وروى أيضا لا عهدة بعد أربع وروى هذا الحديث أيضا الحسن عن سمرة بن جندب الفزارى رضى الله عنه وكلا الحديثين عند أهل العلم معلول فانهم اختلفوا فى سماع الحسن عن سمرة وان كان الترمذى قد صححه وأما سائر فقهاء الامصار فلم يصح عندهم فى العهدة أثر ورأوا انها لو صحت مخالفة للاصول وذلك أن المسلمين مجمعون على أن كل مصيبة تنزل بالمبيع قبل قبضه فهى من المشترى فالتخصيص لمثل هذا الاصل المتقرر انما يكون بسماع ثابت ولهذا ضعف عند مالك فى أحد الروايتين عنه أن يقضى بها فى كل بلد الا أن يكون ذلك عرفا فى البلد أو يشترط وبخاصة عهدة السنة فانه لم يأت فى ذلك أثر وروى الشافعى عن ابن جريج قال سألت ابن شهاب عن عهدة السنة والثلاث فقال ما علمت فيها أمرا سالفا واذ قد تقرر القول فى تمييز العيوب التى توجب حكما من التى لا توجبه وتقرر الشرط فى ذلك وهو أن يكون العيب حادثا قبل البيع أو فى العهدة عند من يرى العهدة فلنصر الى ما بقى

﴿ الفصل الثالث ﴾

واذا وجدت العيوب فان لم يتغير المبيع بشئ من العيوب عند المشترى فلا يخلو أن يكون فى عقار أو عروض أو فى حيوان فان كان فى حيوان فلا خلاف ان المشترى مخير بين ان يرد المبيع ويأخذ ثمنه أو يمسك ولا شئ له وأما ان كان فى عقار فمالك يفرق فى ذلك بين العيب اليسير والكثير فيقول ان كان العيب

يسيرا لم يجب الرد ووجبت قيمة العيب وهو الارش وان كان كثيرا وجب الرد هذا هو الموجود المشهور في كتب أصحابه ولم يفصل البغداديون هذا التفصيل وأما العروض فالمشهور في المذهب انها ليست في هذا الحكم بمنزلة الاصول وقد قيل انها بمنزلة الاصول في المذهب وهذا الذى كان يختاره الفقيه أبو بكر بن رزق شيخ جدى رحمة الله عليهما وكان يقول انه لا فرق في هذا المعنى بين الاصول والعروض وهذا الذى قاله يلزم من يفرق بين العيب الكثير والقليل في الاصول أعنى ان يفرق في ذلك أيضا في العروض والأصل ان كل ماحط القيمة أنه يجب به الرد وهو الذى عليه فقهاء الامصار ولذلك لم يعول البغداديون فيما أحسب على التفرقة التى قلت في الاصول ولم يختلف قولهم في الحيوان أنه لا فرق فيه بين العيب القليل والكثير

﴿فصل﴾ واذ قد قلنا ان المشترى يخير بين ان يرد المبيع و يأخذ ثمنه أو يمسك ولا شئ له فان اتفقا على ان يمسك المشترى سلعته و يعطيه البائع قيمة العيب فعامة فقهاء الامصار يجيزون ذلك الا ابن سريج من أصحاب الشافعى فانه قال ليس لهما ذلك لأنه خيار في مال فلم يكن له اسقاطه بعوض كخيار الشفعة قال القاضى عبد الوهاب وهذا غلط لأن ذلك حق للمشترى فله أن يستوفيه أعنى أن يرد و يرجع بالثمن وله ان يعاوض على تركه وماذكره من خيار الشفعة فانه شاهدلنا فان له عندنا تركه الى عوض يأخذه وهذا الاخلاف فيه وفي هذا الباب فرعان مشهوران من قبل التبعيض أحدهما هل اذا اشترى المشترى أنواعا من المبيعات في صفقة واحدة فوجد أحدها معيبا فهل يرجع بالجميع أو بالذى وجد فيه العيب فقال قوم ليس له الا ان يرد الجميع أو يمسك و به قال أبو ثور والاوزاعى الا ان يكون قد سمى مالكل واحد من تلك الانواع من القيمة فان هذا مما لاخلاف فيه انه يرد المبيع بعينه فقط وانما الخلاف اذا لم يسم وقال قوم يرد المعيب بحصته من الثمن وذلك بالتقدير وممن قال بهذا القول سفيان الثورى وغيره وروى عن الشافعى القولان معا وفرق مالك فقال ينظر في المعيب فان كان ذلك وجه الصفقة والمقصود بالشراء رد الجميع وان لم يكن وجه الصفقة رده بقيمته وفرق أبو حنيفة تفريقا آخر وقال ان وجد العيب قبل القبض رد الجميع وان وجده بعد القبض رد المعيب بحصته من الثمن ففى هذه المسئلة أربعة أقوال فحجة من منع التبعيض في الرد ان المردود يرجع فيه بقيمة لم يتفق عليها المشترى والبائع وكذلك الذى يبقى انما يبقى بقيمة لم يتفقا عليها و يمكن أنه لو بعضت السلعة لم يشتر البعض بالقيمة التى أقيم بها وأما حجة من رأى الرد في البعض المعيب ولابد فلانه موضع ضرورة فأقيم فيه التقويم والتقدير مقام الرضا قياسا على ان مافات في البيع فليس فيه الا القيمة وأما تفريق مالك بين ماهو وجه الصفقة أوغير وجهها فاستحسان منه لأنه رأى ان ذلك العيب اذا لم يكن مقصودا في المبيع فليس كبير ضرر في أن لا يوافق الثمن الذى أقيم به أراده المشترى أو البائع وأما عند مايكون مقصودا أوجل المبيع فيعظم الضرر في ذلك واختلف عنه هل يعتبر تأثير العيب في قيمة الجميع أو في قيمة المعيب خاصة وأما تفريق أبى حنيفة بين ان يقبض أولا يقبض فان القبض عنده شرط من شروط تمام البيع ومالم يقبض المبيع فضمانه عنده من البائع وحكم الاستحقاق في هذه المسئلة حكم الرد بالعيب ﴿وأما المسئلة الثانية﴾ فانهم اختلفوا أيضا في رجلين يبتاعان شيأ واحدا في صفقة واحدة فيجدان به عيبا فيريد أحدهما الرجوع و يأبى الآخر

فقال الشافعى لمن أراد الرد أن يرد وهى رواية ابن القاسم عن مالك وقيل ليس له ان يرد فمن أوجب الرد شبهه بالصفقتين المفترقتين لأنه قد اجتمع فيها عاقدان ومن لم يوجبه شبهه بالصفقة الواحدة اذا أراد المشترى فيها تبعيض رد المبيع بالعيب

﴿ الفصل الرابع ﴾

وأما ان تغير المبيع عند المشترى ولم يعلم بالعيب الا بعد تغير المبيع عنده فالحكم فى ذلك يختلف عند فقهاء الامصار بحسب التغير فأما ان تغير بموت أو فساد أو عتق ففقهاء الامصار على انه فوت و يرجع المشترى على البائع بقيمة العيب وقال عطاء بن أبى رباح لا يرجع فى الموت والعتق بشئ وكذلك عندهم حكم من اشترى جارية فأولدها وكذلك التدبير عندهم وهو القياس فى الكتابة وأما تغيره بالبيع فانهم اختلفوا فيه فقال أبو حنيفة والشافعى اذا باعه لم يرجع بشئ وكذلك قال الليث وأما مالك فله فى البيع تفصيل وذلك أنه لا يخلو أن يبيعه من بائعه منه أو من غير بائعه ولا يخلو أيضا ان يبيعه بمثل الثمن أو أقل أو أكثر فان باعه من بائعه منه بمثل الثمن فلا رجوع له بالعيب وان باعه منه بأقل من الثمن رجع عليه بقيمة العيب وان باعه بأكثر من الثمن نظر فان كان البائع الأول مدلسا أى عالما بالعيب لم يرجع الأول على الثانى بشئ وان لم يكن مدلسا رجع الأول على الثانى فى الثمن والثانى على الأول أيضا و ينفسخ البيعان و يعود المبيع الى ملك الأول فان باعه من غير بائعه منه فقال ابن القاسم لا رجوع له بقيمة العيب مثل قول أبى حنيفة والشافعى وقال ابن عبد الحكم له الرجوع بقيمة العيب وقال أشهب يرجع بالأقل من قيمة العيب أو بقية الثمن هذا اذا باعه بأقل مما اشتراه وعلى هذا لا يرجع اذا باعه بمثل الثمن أو أكثر و به قال عثمان البتى ووجه قول ابن القاسم والشافعى وأبى حنيفة انه اذا فات بالبيع فقد أخذ عوضا فيه من غير ان يعتبر تأثير العيب فى ذلك العوض الذى هو الثمن ولذلك متى قام عليه المشترى منه بعيب رجع هو على البائع الأول بلا خلاف ووجه القول الثانى تشبيه البيع بالعتق ووجه قول أشهب وعثمان انه لو كان عنده المبيع لم يكن له الا الامساك أو الرد للجميع فاذا باعه فقد أخذ عوض ذلك الثمن فليس له الا ما نقص الا ان يكون أكثر من قيمة العيب وقال مالك ان وهب أو تصدق رجع بقيمة العيب وقال أبو حنيفة لا يرجع لأن هبته أو صدقته تفويت للملك بغير عوض ورضى منه بذلك طلبا للاجر فيكون رضاه باسقاط حق العيب أولى وأحرى بذلك وأما مالك فقاس الهبة على العتق وقد كان القياس أن لا يرجع فى شئ من ذلك اذا فات ولم يمكنه الرد لأن اجماعهم على انه اذا كان فى يديه فليس يجب له الا الرد أو الامساك دليل على انه ليس للعيب تأثير فى اسقاط شئ من الثمن وانما له تأثير فى فسخ البيع فقط وأما العقود التى يتعاقبها الاسترجاع كالرهن والاجارة فاختلف فى ذلك أصحاب مالك فقال ابن القاسم لا يمنع ذلك من الرد بالعيب اذا رجع اليه المبيع وقال أشهب اذا لم يكن زمان خروجه عن يده زمانا بعيدا كان له الرد بالعيب وقول ابن القاسم أولى والهبة للثواب عند مالك كالبيع فى انها فوت فهذه هى الاحوال التى تطرأ على المبيع من العقود الحادثة فيها وأحكامها

﴿ باب فى طروء النقصان ﴾

وأما ان طرأ على المبيع نقص فلا يخلو ان يكون النقص فى قيمته أو فى البدن أو فى النفس فأما نقصان القيمة

لاختلاف الاسواق فغير مؤثر فى الرد بالعيب باجماع وأما النقصان الحادث فى البدن فان كان يسيرا غير مؤثر فى القيمة فلا تأثير له فى الرد بالعيب وحكمه حكم الذى لم يحدث وهذا نص مذهب مالك وغيره وأما النقص الحادث فى البدن المؤثر فى القيمة فاختلف الفقهاء فيه على ثلاثة أقوال أحدها انه ليس له ان يرجع الا بقيمة العيب فقط وليس له غير ذلك اذا أبى البائع من الرد وبه قال الشافعى فى قوله الجديد وأبو حنيفة وقال الثورى ليس له الا ان يرد و يرد مقدار العيب الذى حدث عنده وهو قول الشافعى الأول والقول الثالث قول مالك ان المشترى بالخيار بين ان يمسك و يضع عنه البائع من الثمن قدر العيب أو يرده على البائع و يعطيه ثمن العيب الذى حدث عنده وانه اذا اختلف البائع والمشترى فقال البائع للمشترى أنا أقبض المبيع وتعطى أنت قيمة العيب الذى حدث عندك وقال المشترى بل أنا أمسك المبيع وتعطى أنت قيمة العيب الذى حدث عندك فالقول قول المشترى والخيار له وقد قيل فى المذهب القول قول البائع وهذا انما يصح على قول من يرى انه ليس للمشترى الا أن يمسك أو يرد وما نقص عنده وشذ أبو محمد ابن حزم فقال له ان يرد ولا شئ عليه وأما حجة من قال انه ليس للمشترى الا ان يرد و يرد قيمة العيب أو يمسك فلانه قد أجمعوا على انه اذا لم يحدث بالمبيع عيب عند المشترى فليس له الا الرد فوجب استصحاب حال هذا الحكم وان حدث عند المشترى عيب مع اعطائه قيمة العيب الذى حدث عنده وأما من رأى انه لا يرد المبيع بشئ وانما له قيمة العيب الذى كان عند البائع فقياسا على العتق والموت لكون هذا الأصل غير مجمع عليه وقد خالف فيه عطاء وأما مالك فلما تعارض عنده حق البائع وحق المشترى غلب المشترى وجعل له الخيار لأن البائع لا يخلو من أحد أمرين اما ان يكون مفرطا فى ان لم يستعلم العيب ويعلم به المشترى أو يكون علمه فدلس به على المشترى وعند مالك انه اذا صح انه دلس بالعيب وجب عليه الرد من غير ان يدفع اليه المشترى قيمة العيب الذى حدث عنده فان مات من ذلك العيب كان ضمانه على البائع بخلاف الذى لم يثبت انه دلس فيه وأما حجة أبى محمد فلانه أمر حدث من عند الله كما لو حدث فى ملك البائع فان الرد بالعيب دال على أن البيع لم ينعقد فى نفسه وانما انعقد فى الظاهر وأيضا فلا كتاب ولا سنة يوجب على مكلف غرم ما لم يكن له تأثير فى نقصه الا ان يكون على جهة التغليظ عند من ضمن الغاصب ما نقص عنده بأمر من الله فهذا حكم العيوب الحادثة فى البدن وأما العيوب التى فى النفس كالاباق والسرقة فقد قيل فى المذهب انها تفيت الرد كعيوب الابدان وقيل لا ولا خلاف ان العيب الحادث عند المشترى اذا ارتفع بعد حدوثه انه لا تأثير له فى الرد الا ان لا تؤمن عاقبته واختلفوا من هذا الباب فى المشترى يطأ الجارية فقال قوم اذا وطئ فليس له الرد وله الرجوع بقيمة العيب وسواء كانت بكرا أو ثيبا وبه قال أبو حنيفة وقال الشافعى يرد قيمة الوطء فى البكر ولا يردها فى الثيب وقال قوم بل يردها و يرد مهر مثلها وبه قال ابن أبى شبرمة وابن أبى ليلى وقال سفيان الثورى ان كانت ثيبا رد نصف العشر من ثمنها وان كانت بكرا رد العشر من ثمنها وقال مالك ليس عليه فى وطء الثيب شئ لأنه غلة وجبت له بالضمان وأما البكر فهو عيب يثبت عنده للمشترى الخيار على ما سلف من رأيه وقد روى مثل هذا القول عن الشافعى وقال عثمان البتى الوطء معتبر فى العرف فى ذلك النوع من الرقيق فان كان له أثر فى القيمة رد البائع ما نقص وان لم يكن له أثر لم يلزمه شئ فهذا هو حكم النقصان الحادث فى المبيعات وأما الزيادة الحادثة

فى المبيع أعنى المتولدة المنفصلة منه فاختلف العلماء فيها فذهب الشافعى الى انها غير مؤثرة فى الرد وانها للمشترى لعموم قوله عليه الصلاة والسلام الخراج بالضمان وأما مالك فاستثنى من ذلك الولد فقال يرد للبائع وليس للمشترى الا الرد للزائد مع الأصل أو الامساك وقال أبو حنيفة الزوائد كلها تمنع الرد وتوجب أرش العيب الا الغلة والكسب وحجته أن ما تولد عن المبيع داخل فى العقد فلما لم يكن رده ورد ما تولد عنه كان ذلك فوتا يقتضى أرش العيب الا ما نصه الشرع من الخراج والغلة وأما الزيادة الحادثة فى نفس المبيع الغير المنفصلة عنه فانها ان كانت مثل الصبغ فى الثوب والرقم فى الثوب فانها توجب الخيار فى المذهب اما فى الامساك والرجوع بقيمة العيب واما فى الرد وكونه شريكا مع البائع بقيمة الزيادة وأما النماء فى البدن مثل السمن فقد قيل فى المذهب يثبت به الخيار للمشترى وقيل لا يثبت وكذلك النقص الذى هو الهزال فهذا هو القول فى حكم التغيير

﴿ الفصل الخامس ﴾

وأما صفة الحكم فى القضاء بهذه الاحكام فانه اذا تقار البائع والمشترى على حالة من هذه الاحوال المذكورة ههنا وجب الحكم الخاص بتلك الحال فان أنكر البائع دعوى القائم فلا يخلو ان ينكر وجود العيب أو ينكر حدوثه عنده فان أنكر وجود العيب بالمبيع فان كان العيب يستوى فى ادراكه جميع الناس كفى فى ذلك شاهدان عدلان ممن اتفق من الناس وان كان مما يختص بعلمه أهل صناعة ما شهد به أهل تلك الصناعة فقيل فى المذهب عدلان وقيل لا يشترط فى ذلك العدالة ولا العدد ولا الاسلام وكذلك الحال ان اختلفوا فى كونه مؤثرا فى القيمة وفى كونه أيضا قبل أمد التبايع أو بعده فان لم يكن للمشترى بينة حلف البائع انه ما حدث عنده وان لم (١) تكن له بينة على وجود العيب بالمبيع لم يجب له يمين على البائع وأما اذا وجب الارش فوجه الحكم فى ذلك ان يقوم الشئ سليما ويقوم معيبا ويرد المشترى ما بين ذلك فان وجب الخيار قوم ثلاث تقويمات تقويم وهو سليم وتقويم بالعيب الحادث عند البائع وتقويم بالعيب الحادث عند المشترى فيرد البائع من الثمن ويسقط عنه ما قدر منه قدر ما تنقص به القيمة المعيبة عن القيمة السليمة وان أبى المشترى الرد وأحب الامساك رد البائع من الثمن ما بين القيمة الصحيحة والمعيبة عنده

﴿ الباب الثانى فى بيع البراءة ﴾

اختلف العلماء فى جواز هذا البيع وصورته ان يشترط البائع على المشترى التزام كل عيب يجده فى المبيع على العموم فقال أبو حنيفة يجوز البيع بالبراءة من كل عيب سواء علمه البائع أو لم يعلمه سماه أو لم يسمه أبصره أو لم يبصره وبه قال أبو ثور وقال الشافعى فى أشهر قوليه وهو المنصور عند أصحابه لا يبرأ البائع الا من عيب يريه للمشترى وبه قال الثورى وأما مالك فالاشهر عنه أن البراءة جائزة مما لم يعلم البائع من العيوب وذلك فى الرقيق خاصة الا البراءة من الحمل فى الجوارى الرائعات فانه لا يجوز عنده لعظم الغرر فيه ويجوز فى الوخش وعنه فى رواية ثانية انه يجوز فى الرقيق والحيوان ورواية ثالثة مثل قول الشافعى وقد روى عنه أن بيع البراءة انما يصح من السلطان فقط وقيل فى بيع السلطان وبيع المواريث وذلك من غير ان يشترطوا البراءة وحجة من رأى القول بالبراءة على الاطلاق أن القيام بالعيب حق من

---

(١) لعله وان كانت له بينة

حقوق المشترى قبل البائع فاذا أسقطه سقط أصله سائر الحقوق الواجبة وحجة من لم يجزه على الاطلاق أن ذلك من باب الغرر فيما لم يعلمه البائع ومن باب الغبن والغش فيما علمه ولذلك اشترط جهل البائع مالك وبالجملة فعمدة مالك ما رواه فى الموطأ أن عبد الله بن عمر باع غلاما له بثمانمائة درهم وباعه على البراءة فقال الذى ابتاعه لعبد الله بن عمر بالغلام داء لم تسمه فاختصما الى عثمان فقال الرجل باعنى عبدا وبه داء لم يسمه لى وقال عبد الله بعته بالبراءة فقضى عثمان على عبد الله ان يحلف لقد باع العبد ومابه داء يعلمه فأبى عبد الله أن يحلف وارتجع العبد وروى أيضا أن زيد بن ثابت كان يجيز بيع البراءة وانما خص مالك بذلك الرقيق لكون عيوبهم فى الأكثر خافية وبالجملة خيار الرد بالعيب حق ثابت للمشترى ولما كان ذلك يختلف اختلافا كثيرا كاختلاف المبيعات فى صفاتها وجب اذا اتفقا على الجهل به أن لا يجوز أصله اذا اتفقا على جهل صفة المبيع المؤثرة فى الثمن ولذلك حكى ابن القاسم فى المدونة عن مالك أن آخر قوله كان انكار بيع البراءة الا ما خفف فيه للسلطان وفى قضاء الديون خاصة وذهب المغيرة من أصحاب مالك الى أن البراءة انما تجوز فيما كان من العيوب لا يتجاوز فيها ثلث المبيع والبراءة بالجملة انما تلزم عند القائلين بها بالشرط أعنى اذا اشترطها الا بيع السلطان والمواريث عند مالك فقط فالكلام بالجملة فى بيع البراءة هو فى جوازه وفى شرط جوازه وفيما يجوز من العقود والمبيعات والعيوب ولمن يجوز بالشرط أو مطلقا وهذه كلها قد تقدمت بالقوة فى قولنا فاعلمه ﴿الجملة الثانية فى وقت ضمان المبيعات﴾ واختلفوا فى الوقت الذى يضمن فيه المشترى المبيع أعنى تكون خسارته ان هلك منه فقال أبو حنيفة والشافعى لا يضمن المشترى الا بعد القبض وأما مالك فله فى ذلك تفصيل وذلك أن المبيعات عنده فى هذا الباب ثلاثة أقسام بيع يجب على البائع فيه حق توفية من وزن أو كيل وعدد وبيع ليس فيه حق توفية وهو الجزاف أو ما لا يوزن ولا يكال ولا يعد فأما ما كان فيه حق توفية فلا يضمن المشترى الا بعد القبض وأما ما ليس فيه حق توفية وهو حاضر فلا خلاف فى المذهب ان ضمانه من المشترى وان لم يقبضه وأما المبيع الغائب فعن مالك فى ذلك ثلاث روايات أشهرها ان الضمان من البائع الا ان يشترطه على المبتاع والثانية انه من المبتاع الا أن يشترطه على البائع والثالثة الفرق بين ما ليس بمأمون البقاء الى وقت الاقتضاء كالحيوان والمأكولات وبين ما هو مأمون البقاء والخلاف فى هذه المسئلة مبنى على هل القبض شرط من شروط العقد أو حكم من أحكام العقد والعقد لازم دون القبض فمن قال القبض من شروط صحة العقد أو لزومه أو كيفما شئت ان تعبر عن هذا المعنى كان الضمان عنده من البائع حتى يقبضه المشترى ومن قال هو حكم لازم من أحكام المبيع والبيع قد انعقد ولزم قال بالعقد يدخل فى ضمان المشترى وتفريق مالك بين الغائب والحاضر والذى فيه حق توفية والذى ليس فيه حق توفية استحسان ومعنى الاستحسان فى أكثر الاحوال هو الالتفات الى المصلحة والعدل وذهب أهل الظاهر الى أن بالعقد يدخل فى ضمان المشترى وفيما أحسب وعمدة من رأى ذلك اتفاقهم على أن الخراج قبل القبض للمشترى وقد قال عليه الصلاة والسلام الخراج بالضمان وعمدة المخالف حديث عتاب بن أسيد ان رسول الله صلى الله عليه وسلم لما بعثه الى مكة قال له انههم عن بيع ما لم يقبضوا وربح ما لم يضمنوا وقد تكلمنا فى شرط القبض فى المبيع فيما سلف ولا خلاف بين المسلمين انه من ضمان المشترى بعد القبض

الا فى العهدة والجوائح واذ قد ذكرنا العهدة فينبغى أن نذكر ههنا الجوائح

﴿ القول فى الجوائح ﴾

اختلف العلماء فى وضع الجوائح فى الثمار فقال بالقضاء بها مالك وأصحابه ومنعها أبو حنيفة والثورى والشافعى فى قوله الجديد والليث فعمدة من قال بوضعها حديث جابر أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال من باع ثمرا فأصابته جائحة فلا يأخذ من أخيه شيأ على ماذا يأخذ أحدكم مال أخيه خرجه مسلم عن جابر وماروى عنه أنه قال أمر رسول الله صلى الله عليه وسلم بوضع الجوائح فعمدة من أجاز الجوائح حديثا جابر هذان وقياس الشبه أيضا وذلك انهم قالوا انه مبيع بقى على البائع فيه حق توفية بدليل ماعليه من سقيه الى أن يكمل فوجب أن يكون ضمانه منه أصله سائر المبيعات التى بقى فيها حق توفية والفرق عندهم بين هذا المبيع وبين سائر البيوع ان هذا بيع وقع فى الشرع والمبيع لم يكمل بعد فكأنه مستثنى من النهى عن بيع مالم يخلق فوجب ان يكون فى ضمانه مخالفا لسائر المبيعات وأما عمدة من لم يقل بالقضاء بها فتشبيه هذا البيع بسائر المبيعات وان التخلية فى هذا المبيع هو القبض وقد اتفقوا على أن ضمان المبيعات بعد القبض من المشترى ومن طريق السماع أيضا حديث أبى سعيد الخدرى قال أجيح رجل فى ثمار ابتاعها وكثر دينه فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم تصدقوا عليه فتصدق عليه فلم يبلغ وفاء دينه فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم خذوا ماوجدتم وليس لكم الا ذلك قالوا فلم يحكم بالجائحة فسبب الخلاف فى هذه المسئلة هو تعارض الآثار فيها وتعارض مقاييس الشبه وقد رام كل واحد من الفريقين صرف الحديث المعارض للحديث الذى هو الاصل عنده بالتأويل فقال من منع الجائحة يشبه أن يكون الامر بها انما ورد من قبل النهى عن بيع الثمار حتى يبدو صلاحها قالوا ويشهد لذلك انه لما كثر شكواهم بالجوائح أمروا أن لا يبيعوا الثمر الا بعد أن يبدو صلاحه وذلك فى حديث زيد بن ثابت المشهور وقال من أجازها فى حديث أبى سعيد يمكن ان يكون البائع عديما فلم يقض عليه بجائحة أو ان يكون المقدار الذى أصيب من الثمر مقدارا لا يلزم فيه جائحة أو ان يكون أصيب فى غير الوقت الذى تجب فيه الجائحة مثل أن يصاب بعد الجذاذ أو بعد الطيب وأما الشافعى فروى حديث جابر عن سليمان ابن عتيق عن جابر وكان يضعفه ويقول انه اضطرب فى ذكر وضع الجوائح فيه ولكنه قال ان ثبت الحديث وجب وضعها فى القليل والكثير ولا خلاف بينهم فى القضاء بالجائحة بالعطش وقد جعل القائلون بها اتفاقهم فى هذا حجة على اثباتها والكلام فى أصول الجوائح على مذهب مالك ينحصر فى أربعة فصول الاول فى معرفة الاسباب الفاعلة للجوائح الثانى فى محل الجوائح من المبيعات الثالث فى مقدار ما يوضع منه فيه الرابع فى الوقت الذى توضع فيه

﴿ الفصل الأول ﴾

وأما ما أصاب الثمرة من السماء مثل البرد والقحط وضده والعفن فلا خلاف فى المذهب انه جائحة وأما العطش كما قلنا فلا خلاف بين الجميع انه جائحة وأما ما أصاب من صنع الآدميين فبعض من أصحاب مالك رآه جائحة وبعض لم يره جائحة والذين رأوه جائحة انقسموا قسمين فبعضهم رأى منه جائحة ما كان

غالبا كالجيش ولم ير ما كان منه بمغافصة (١) جائحة مثل السرقة وبعضهم جعل كل مايصيب الثمرة من جهة الآدميين جائحة باى وجه كان فمن جعلها فى الامور السماوية فقط اعتمد ظاهر قوله عليه الصلاة والسلام أرأيت ان منع الله الثمرة ومن جعلها فى أفعال الآدميين شبهها بالامور السماوية ومن استثنى اللص قال يمكن أن يتحفظ منه

﴿ الفصل الثانى ﴾

ومحل الجوائح هى الثمار والبقول فاما الثمار فلا خلاف فيها فى المذهب وأما البقول ففيها خلاف والاشهر فيها الجائحة وانما اختلفوا فى البقول لاختلافهم فى تشبيهها بالاصل الذى هو الثمر

﴿ الفصل الثالث ﴾

وأما المقدار الذى تجب فيه الجائحة اما فى الثمار فالثلث واما فى البقول فقيل فى القليل والكثير وقيل فى الثلث وابن القاسم يعتبر ثلث الثمر بالكيل وأشهب يعتبر الثلث فى القيمة فاذا ذهب من الثمر عند أشهب ماقيمته الثلث من الكيل وضع عنه الثلث من الثمن وسواء كان ثلثا فى الكيل أولم يكن وأما ابن القاسم فانه اذا ذهب من الثمر الثلث من الكيل فان كان نوعا واحدا ليس تختلف قيمة بطونه حط عنه من الثمن الثلث وان كان الثمر أنواعا كثيرة مختلفة القيم أوكان بطونا مختلفة القيم أيضا اعتبر قيمة ذلك الثلث الذاهب من قيمة الجميع فما كان قدره حط بذلك القدر من الثمن ففى موضع يعتبر المكيلة فقط حيث تستوى القيمة فى أجزاء الثمرة وبطونها وفى موضع يعتبر الامرين جميعا حيث تختلف القيمة والمالكية يحتجون فى مصيرهم الى التقدير فى وضع الجوائح وان كان الحديث الوارد فيها مطلقا بان القليل فى هذا معلوم من حكم العادة انه يخالف الكثير اذ كان معلوما ان القليل يذهب من كل ثمر فكان المشترى دخل على هذا الشرط بالعادة وان لم يدخل بالنطق وأيضا فان الجائحة التى علق الحكم بها تقتضى الفرق بين القليل والكثير قالوا واذا وجب الفرق وجب أن يعتبر فيه الثلث اذ قد اعتبره الشرع فى مواضع كثيرة وان كان المذهب يضطرب فى هذا الاصل فمرة يجعل الثلث من حيز الكثير كجعله اياه ههنا ومرة يجعله فى حيز القليل ولم يضطرب فى أنه الفرق بين القليل والكثير والمقدرات يعسر اثباتها بالقياس عند جمهور الفقهاء ولذلك قال الشافعى لو قلت بالجائحة لقلت فيها بالقليل والكثير وكون الثلث فرقا بين القليل والكثير هو نص فى الوصية فى قوله عليه الصلاة والسلام الثلث والثلث كثير

﴿ الفصل الرابع ﴾

واما زمان القضاء بالجائحة فاتفق المذهب على وجوبها فى الزمان الذى يحتاج فيه الى تبقية الثمر على رؤس الشجر حتى يستوفى طيبه واختلفوا اذا أبقاه المشترى فى الثمار ليبيعه على النضارة وشيأ شيأ فقيل فيه الجائحة تشبيها بالزمان المتفق عليه وقيل ليس فيه جائحة تفريقا بينه وبين الزمان المتفق على وجوب القضاء بالجائحة فيه وذلك ان هذا الزمان يشبه الزمان المتفق عليه من جهة ويخالفه من جهة فمن غلب الاتفاق أوجب فيه الجائحة ومن غلب الاختلاف لم يوجب فيه جائحة أعنى من رأى ان النضارة مطلوبة بالشراء كالطيب مطلوب قال بوجوب الجائحة فيه ومن لم ير الامر فيهما واحدا قال ليس فيه

---

(١) غافصه أخذه على غرة

جائحة ومن ههنا اختلفوا فى وجوب الجوائح فى البقول ﴿ الجملة الثالثة من جمل النظر فى الاحكام ﴾ وهو فى تابعات المبيعات ومن مسائل هذا الباب المشهورة اثنتان الاولى بيع النخل وفيها الثمر متى يتبع بيع الاصل ومتى لا يتبعه فجمهور الفقهاء على ان من باع نخلا فيها ثمر قبل ان يؤبر فان الثمر للمشترى واذا كان البيع بعد الابار فالثمر للبائع الا ان يشترطه المبتاع والثمار كلها فى هذا المعنى فى معنى النخيل وهذا كله لثبوت حديث ابن عمر أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال من باع نخلا قد أبرت فثمرها للبائع الا أن يشترطه المبتاع قالوا فلما حكم صلى الله عليه وسلم بالثمر للبائع بعد الابار علمنا بدليل الخطاب انها للمشترى قبل الابار بلا شرط وقال أبو حنيفة وأصحابه هى للبائع قبل الابار و بعده ولم يجعل المفهوم ههنا من باب دليل الخطاب بل من باب مفهوم الاحرى والاولى قالوا وذلك انه اذا وجبت للبائع بعد الابار فهى أحرى ان تجب له قبل الابار وشبهوا خروج الثمر بالولادة قالوا وكما أن من باع أمة لها ولد فولدها للبائع الا أن يشترطه المبتاع كذلك الامر فى الثمر وقال ابن أبى ليلى سواء أبر أو لم يؤبر اذا بيع الاصل فهو للمشترى اشترطها أو لم يشترطها فرد الحديث بالقياس لانه رأى ان الثمر جزء من المبيع ولا معنى لهذا القول الا ان كان لم يثبت عنده الحديث وأما أبو حنيفة فلم يرد الحديث وانما خالف مفهوم الدليل فيه فاذا سبب الخلاف فى هذه المسئلة بين أبى حنيفة والشافعى ومالك ومن قال بقولهم معارضة دليل الخطاب لدليل مفهوم الاحرى والاولى وهو الذى يسمى فحوى الخطاب لكنه ههنا ضعيف وان كان فى الاصل أقوى من دليل الخطاب وأما سبب مخالفة ابن أبى ليلى لهم فمعارضة القياس للسماع وهو كما قلنا ضعيف والابار عند العلماء ان يجعل طلع ذكور النخل فى طلع اناثها وفى سائر الشجر ان تنور وتعقد والتذكير فى شجر التين التى تذكر فى معنى الابار وابار الزرع مختلف فيه فى المذهب فروى ابن القاسم عن مالك ان اباره ان يفرك قياسا على سائر الثمر وهل الموجب لهذا الحكم هو الابار أو وقت الابار قيل الوقت وقيل الابار وعلى هذا ينبنى الاختلاف اذا أبر بعض النخل ولم يؤبر البعض هل يتبع مالم يؤبر ما أبر أو لا يتبعه واتفقوا فيما أحسبه على انه اذا بيع ثمر وقد دخل وقت الابار فلم يؤبر ان حكمه حكم المؤبر ﴿ المسئلة الثانية ﴾ وهى اختلافهم فى بيع مال العبد وذلك أنهم اختلفوا فى مال العبد هل يتبعه فى البيع والعتق على ثلاثة أقوال أحدها ان ماله فى البيع والعتق لسيده وكذلك فى المكاتب وبه قال الشافعى والكوفيون والثانى أن ماله تبع له فى البيع والعتق وهو قول داود وأبى ثور والثالث أنه تبع له فى العتق لا فى البيع الا أن يشترطه المشترى و به قال مالك والليث فحجة من رأى أن ماله فى البيع لسيده الا أن يشترطه المبتاع حديث ابن عمر المشهور عن النبى صلى الله عليه وسلم أنه قال من باع عبدا وله مال فماله للذى باعه الا ان يشترطه المبتاع ومن جعله لسيده فى العتق فقياسا على البيع وحجة من رأى أنه تبع للعبد فى كل حال انبنت على كون العبد مالكا عندهم وهى مسئلة اختلف العلماء فيها اختلافا كثيرا أعنى هل يملك العبد أو لا يملك ويشبه أن يكون هؤلاء انما غلبوا القياس على السماع لان حديث ابن عمر هو حديث خالف فيه نافع سالما لان نافعا رواه عن ابن عمر عن عمر وسالم رواه عن ابن عمر عن النبى صلى الله عليه وسلم وأما مالك فغلب القياس فى العتق والسماع فى البيع وقال مالك فى الموطأ الامر المجتمع عليه عندنا أن المبتاع اذا اشترط مال العبد فهو له نقدا كان أو عرضا أو دينا وقد روى عن

النبي صلى الله عليه وسلم أنه قال من أعتق غلاما فماله الا أن يستثنيه سيده ويجوز عند مالك أن يشترى العبد وماله بدراهم وان كان مال العبد دراهم أو فيه دراهم وخالفه أبو حنيفة والشافعي اذا كان مال العبد نقدا وقالوا العبد وماله بمنزلة من باع شيئين لا يجوز فيهما الا ما يجوز في سائر البيوع واختلف أصحاب مالك في اشتراط المشترى لبعض مال العبد في صفقة البيع فقال ابن القاسم لا يجوز وقال أشهب جائز أن يشترط بعضه وفرق بعضهم فقال ان كان ما اشترى به العبد عينا وفي مال العبد عين لم يجز ذلك لانه يدخله دراهم بعرض ودراهم وان كان ما اشترى به عروضا أو لم يكن في مال العبد دراهم جاز ووجه قول ابن القاسم أنه لا يجوز أن يشترط بعضه تشبيهه بثمر النخل بعد الابار ووجه قول أشهب تشبيه الجزء بالكل وفي هذا الباب مسائل مسكوت عنها كثيرة ليست مما قصدناه * ومن مشهور مسائلهم في هذا الباب الزيادة والنقصان اللذان يقعان في الثمن الذي انعقد عليه البيع بعد البيع بما يرضى به المتبايعان أعني أن يزيد المشترى البائع بعد البيع على الثمن الذي انعقد عليه البيع أو يحط منه البائع هل يتبع حكم الثمن أم لا وفائدة الفرق ان من قال هي من الثمن أوجب ردها في الاستحقاق وفي الرد بالعيب وما أشبه ذلك وأيضا من جعلها في حكم الثمن الاول ان كانت فاسدة فسد البيع ومن لم يجعلها من الثمن أعني الزيادة لم يوجب شيأ من هذا فذهب أبو حنيفة الى انها من الثمن الا انه قال لا تثبت الزيادة في حق الشفيع ولا في بيع المرابحة بل الحكم للثمن الاول وبه قال مالك وقال الشافعي لا تلحق الزيادة والنقصان بالثمن أصلا وهو في حكم الهبة واستدل من ألحق الزيادة بالثمن بقوله عز وجل ولا جناح عليكم فيما تراضيتم به من بعد الفريضة قالوا واذا لحقت الزيادة في الصداق بالصداق لحقت في البيع بالثمن واحتج الفريق الثاني باتفاقهم على انها لا تلحق في الشفعة وبالجملة من رأى ان العقد الاول قد تقرر قال الزيادة هبة ومن رأى انها فسخ للعقد الاول وعقد ثان عدها من الثمن ﴿ الجملة الرابعة ﴾ واذا اتفق المتبايعان على البيع واختلفا في مقدار الثمن ولم تكن هنالك بينة ففقهاء الامصار متفقون على انهما يتحالفان ويتفاسخان بالجملة ومختلفون في التفصيل أعني في الوقت الذي يحكم فيه بالايمان والتفاسخ فقال أبو حنيفة وجماعة انهما يتحالفان ويتفاسخان ما لم تفت عين السلعة فان فاتت فالقول قول المشترى مع يمينه وقال الشافعي ومحمد بن الحسن صاحب أبي حنيفة وأشهب صاحب مالك يتحالفان في كل وقت وأما مالك فعنه روايتان احداهما انهما يتحالفان ويتفاسخان قبل القبض وبعد القبض القول قول المشترى والرواية الثانية مثل قول أبي حنيفة وهي رواية ابن القاسم والثانية رواية أشهب والفوت عنده يكون بتغير الاسواق وبزيادة المبيع ونقصانه وقال داود وأبو ثور القول قول المشترى على كل حال وكذلك قال زفر الا أن يكونا اختلفا في جنس الثمن فحينئذ يكون التفاسخ عندهم والتحالف ولا خلاف انهم اذا اختلفوا في جنس الثمن أو المثمون ان الواجب هو التحالف والتفاسخ وانما صار فقهاء الامصار الى القول على الجملة بالتحالف والتفاسخ عند الاختلاف في عدد الثمن لحديث ابن مسعود ان رسول الله صلى الله عليه وسلم قال أيما بيعين تبايعا فالقول قول البائع أو يترادان فمن حمل هذا الحديث على وجوب التفاسخ وعمومه قال يتحالفان في كل حال ويتفاسخان والعلة في ذلك عنده ان كل واحد منهما مدع ومدعى عليه وأما من رأى أن الحديث انما يجب ان يحمل على الحالة التي يجب ان يتساوى

فيها دعوى البائع والمشترى قال اذا قبض السلعة أو فاتت فقد صار القبض شاهداً للمشترى وشبهة لصدقه واليمين انما يجب على أقوى المتداعيين شبهة وهذا هو أصل مالك فى الايمان ولذلك يوجب فى مواضع اليمين على المدعى وفى مواضع على المدعى عليه وذلك انه لم يجب اليمين بالنص على المدعى عليه عنده من حيث هو مدعى عليه وانما وجبت عليه من حيث هو فى الاكثر أقوى شبهة فاذا كان المدعى فى مواطن أقوى شبهة وجب ان يكون اليمين فى حيزه وأما من رأى القول قول المشترى فانه رأى أن البائع مقر للمشترى بالشراء ومدع عليه عدداً مّا فى الثمن وأما داود ومن قال بقوله فردوا حديث ابن مسعود لانه منقطع ولذلك لم يخرجه الشيخان البخارى ومسلم وانما خرجه مالك وعن مالك اذا نكل المتبايعان عن الايمان روايتان احداهما الفسخ والثانية ان القول قول البائع وكذلك من يبدأ باليمين فى المذهب فيه خلاف فالاشهر البائع على ما فى الحديث وهل اذا وقع التفاسخ يجوز لاحدهما ان يختار قول صاحبه فيه خلاف فى المذهب

﴿القسم الرابع من النظر المشترك فى البيوع﴾

وهو النظر فى حكم البيع الفاسد اذا وقع فنقول اتفق العلماء على ان البيوع الفاسدة اذا وقعت ولم تفت باحداث عقد فيها أو نماء أو نقصان أو حوالة سوق ان حكمها الرد أعنى ان يرد البائع الثمن والمشترى المثمون واختلفوا اذا قبضت وتصرف فيها بعتق أو هبة أو بيع أو رهن أو غير ذلك من سائر التصرفات هل ذلك فوت يوجب القيمة وكذلك اذا نمت أو نقصت فقال الشافعى ليس ذلك كله فوتا ولا شبهة ملك فى البيع الفاسد وان الواجب الرد وقال مالك كل ذلك فوت يوجب القيمة الا ما روى عنه ابن وهب فى الربا انه ليس بفوت ومثل ذلك قال أبو حنيفة والبيوع الفاسدة عند مالك تنقسم الى محرمة والى مكروهة فأما المحرمة فانها اذا فاتت مضت بالقيمة وأما المكروهة فانها اذا فاتت صحت عنده وربما صح عنده بعض البيوع الفاسدة بالقبض لخفة الكراهة عنده فى ذلك فالشافعية تشبه المبيع الفاسد لمكان الربا والغرر بالفاسد لمكان تحريم عينه كبيع الخمر والخنزير فليس عندها فيه فوت ومالك يرى أن النهى فى هذه الامور انما هو لمكان عدم العدل فيها أعنى بيوع الربا والغرر فاذا فاتت السلعة فالعدل فيها هو الرجوع بالقيمة لانه قد تقبض السلعة وهى تساوى الفا وترد وهى تساوى خمسمائة أو بالعكس ولذلك يرى مالك حوالة الاسواق فوتا فى المبيع الفاسد ومالك يرى فى البيع والسلف انه اذا فات وكان البائع هو المسلف رد المشترى القيمة مالم تكن أزيد من الثمن لان المشترى قد رفع له فى الثمن لمكان السلف فليس من العدل ان يرد أكثر من ذلك وان كان المشترى هو الذى أسلف البائع فقد حط البائع عنه من الثمن لمكان السلف فاذا وجبت على المشترى القيمة ردها مالم تكن أقل من الثمن لان هذه البيوع انما وقع المنع فيها لمكان ما جعل فيها من العوض مقابل السلف الذى هو موضوع لعون الناس بعضهم لبعض ومالك فى هذه المسئلة أفقه من الجميع واختلفوا اذا ترك الشرط قبل القبض أعنى شرط السلف هل يصح البيع أم لا فقال أبو حنيفة والشافعى وسائر العلماء البيع مفسوخ وقال مالك وأصحابه البيع غير مفسوخ الا ابن عبد الحكم قال البيع مفسوخ وقد روى عن مالك مثل قول الجمهور وحجة الجمهور أن النهى يتضمن فساد المنهى فاذا انعقد البيع فاسدا لم يصححه بعد رفع الشرط الذى من قبله وقع الفساد كما ان

رفع السبب المفسد فى المحسوسات بعد فساد الشئ ليس يقتضى عودة الشئ الى ما كان عليه قبل الفساد من الوجود فاعلمه وروى أن محمد بن أحمد بن سهل البرمكى سأل عن هذه المسئلة اسماعيل بن اسحق المالكى فقال له ما الفرق بين السلف والبيع وبين رجل باع غلاما بمائة دينار وزق خمر فلما انعقد البيع بينهما قال أنا أدع الزق وهذا المبيع مفسوخ عند العلماء باجماع فوجب ان يكون بيع السلف كذلك فجاوب عن ذلك بجواب لا تقوم به حجة وقد تقدم القول فى ذلك واذ قد انقضى القول فى أصول البيوع الفاسدة وأصول البيوع الصحيحة وفى أصول أحكام البيوع الصحيحة وأصول أحكام الفاسدة المشتركة العامة لجميع البيوع أو لكثير منها فلنصر الى ما يخص واحدا واحدا من هذه الاربعة الاجناس وذلك بان نذكر منها ما يجرى مجرى الاصول

﴿ كتاب الصرف ﴾

ولما كان يخص هذا البيع شرطان أحدهما عدم النسيئة وهو الفور والآخر عدم التفاضل وهو اشتراط المثلية كان النظر فى هذا الكتاب ينحصر فى خمسة أجناس الاول فى معرفة ما هو نسيئة مما ليس بنسيئة الثانى فى معرفة ما هو مماثل مما ليس بمماثل اذ هذان القسمان ينقسمان بفصول كثيرة فيعرض هنالك الخلاف الثالث فيما وقع أيضا من هذا البيع بصورة مختلف فيها هل هو ذريعة الى أحد هذين أعنى الزيادة والنسيئة أو كليهما عند من قال بالذرائع وهو مالك وأصحابه وهذا ينقسم أيضا الى نوعين كانقسام أصله الخامس فى خصائص أحكام هذا البيع من جهة ما يعتبر فيه هذان الشرطان أعنى عدم النساء والتفاضل أو كليهما وذلك انه يخالف هذا البيع البيوع لمكان هذين الشرطين فيه فى أحكام كثيرة وأنت اذا تأملت الكتب الموضوعة فى فروع الكتاب الذى يرسمونه بكتاب الصرف وجدتها كلها راجعة الى هذه الاجناس الخمسة أو الى ما تركب منها ما عدا المسائل التى يدخلون فى الكتاب الواحد بعينه مما ليس هو من ذلك الكتاب مثل ادخال المالكية فى كتاب الصرف مسائل كثيرة هى من باب الاقتضاء فى السلف لكن لما كان الفاسد منها يؤول الى أحد هذين الاصلين أعنى الى صرف بنسيئة أو بتفاضل أدخلوها فى هذا الكتاب مثل مسائلهم فى اقتضاء القائمة والمجموعة والفرادى بعضها من بعض لكن لما كان قصدنا انما هو ذكر المسائل التى هى منطوق بها فى الشرع أو قريب من المنطوق بها رأينا ان نذكر فى هذا الكتاب سبع مسائل مشهورة تجرى مجرى الاصول لما يطرأ على المجتهد من مسائل هذا الباب فان هذا الكتاب انما وضعناه ليبلغ به المجتهد فى هذه الصناعة رتبة الاجتهاد اذا حصل ما يجب له ان يحصل قبله من القدر الكافى له فى علم النحو واللغة وصناعة أصول الفقه ويكفى من ذلك ما هو مساو لجرم هذا الكتاب أو أقل وبهذه الرتبة يسمى فقيها لا بحفظ مسائل الفقه ولو بلغت فى العدد أقصى ما يمكن ان يحفظه انسان كما نجد متفقهة زماننا يظنون ان الافقه هو الذى حفظ مسائل أكثر وهؤلاء عرض لهم شبيه ما يعرض لمن ظن أن الخفاف هو الذى عنده خفاف كثيرة لا الذى يقدر على عملها وهو بين ان الذى عنده خفاف كثيرة سيأتيه انسان بقدم لا يجد فى خفافه ما يصلح لقدمه فيلجأ الى صانع الخفاف ضرورة وهو الذى يصنع لكل قدم خفا يوافقه فهذا هو مثال أكثر المتفقهة فى هذا الوقت واذ قد خرجنا عما كنا بسبيله فلنرجع الى حيث كنا من ذكر المسائل التى وعدنا بها (المسئلة الاولى)

أجمع العلماء على أن بيع الذهب بالذهب والفضة بالفضة لايجوز الامثلا بمثل يدا بيد الاماروى عن ابن عباس ومن تبعه من المكيين فانهم أجازوا بيعه متفاضلا ومنعوه نسيئة فقط وانما صار ابن عباس لذلك لماروا عن اسامة بن زيد عن النبى صلى الله عليه وسلم أنه قال لاربا الافى النسيئة وهو حديث صحيح فأخذ ابن عباس بظاهر هذا الحديث فلم يجعل الربا الافى النسيئة وأما الجمهور فصاروا الى ماروا مالك عن نافع عن أبى سعيد الخدرى أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال لاتبيعوا الذهب بالذهب الامثلا بمثل ولا تشفوا بعضها على بعض ولاتبيعوا الفضة بالفضة الامثلا بمثل ولا تشفوا بعضها على بعض ولاتبيعوا منها شيأ غائبا بناجز وهو من أصح ماروى فى هذا الباب وحديث عبادة بن الصامت حديث صحيح أيضا فى هذا الباب فصار الجمهور الى هذه الاحاديث اذ كانت نصا فى ذلك وأما حديث ابن عباس فانه ليس بنص فى ذلك لانه روى فيه لفظان أحدهما أنه قال انما الربا فى النسيئة وهذا ليس يفهم منه اجازة التفاضل الامن باب دليل الخطاب وهو ضعيف ولاسيما اذا عارضه النص وأما اللفظ الآخر وهو لاربا الافى النسيئة فهو أقوى من هذا اللفظ لان ظاهره يقتضى أن ماعدا النسيئة فليس بربا لكن يحتمل ان يريد بقوله لاربا الافى النسيئة من جهة انه الواقع فى الاكثر واذا كان هذا محتملا والاول نص وجب تأويله على الجهة التى يصح الجمع بينهما وأجمع الجمهور على أن مسكوكه وتبره ومصوغه سواء فى منع بيع بعضه ببعض متفاضلا لعموم الاحاديث المتقدمة فى ذلك الامعاوية فانه كان يجيز التفاضل بين التبر والمصوغ لمكان زيادة الصياغة والاماروى عن مالك انه سئل عن الرجل يأتى دار الضرب بورقه فيعطيهم أجرة الضرب ويأخذ منهم دنانير ودراهم وزن ورقه أودراهمه فقال اذا كان ذلك لضرورة خروج الرفقة ونحو ذلك فارجو أن لا يكون به بأس وبه قال ابن القاسم من أصحابه وأنكر ذلك ابن وهب من أصحابه وعيسى بن دينار وجمهور العلماء وأجاز مالك بدل الدينار الناقص بالوازن أو بالدينارين على اختلاف بين أصحابه فى العدد الذى يجوز فيه ذلك من الذى لايجوز على جهة المعروف

﴿ المسئلة الثانية ﴾ اختلف العلماء فى السيف والمصحف المحلى يباع بالفضة وفيه حلية فضة أو بالذهب وفيه حلية ذهب فقال الشافعى لايجوز ذلك لجهل المماثلة المشترطة فى بيع الفضة بالفضة فى ذلك والذهب بالذهب وقال مالك ان كان قيمة مافيه من الذهب أو الفضة الثلث فأقل جاز بيعه أعنى بالفضة ان كانت حليته فضة أو بالذهب ان كانت حليته ذهبا والا لم يجز وكأنه رأى أنه اذا كانت الفضة قليلة لم تكن مقصودة فى البيع وصارت كأنها هبة وقال أبو حنيفة وأصحابه لابأس ببيع السيف المحلى بالفضة اذا كانت الفضة أكثر من الفضة التى فى السيف وكذلك الامر فى بيع السيف المحلى بالذهب لانهم رأوا أن الفضة التى فيه أو الذهب يقابل مثله من الذهب أو الفضة المشتراة به ويبقى الفضل قيمة السيف وحجة الشافعى عموم الاحاديث والنص الوارد فى ذلك من حديث فضالة بن عبد الله الانصارى أنه قال أتى رسول الله صلى الله عليه وسلم وهو بخيبر بقلادة فيها ذهب وخرز وهى من المغانم تباع فامر رسول الله صلى الله عليه وسلم بالذهب الذى فى القلادة ينزع وحده ثم قال لهم رسول الله صلى الله عليه وسلم الذهب بالذهب وزنا بوزن خرجه مسلم وأما معاوية كما قلنا فاجاز ذلك على الاطلاق وقد أنكره عليه أبو سعيد وقال لاأسكن فى أرض أنت فيها لماروا من الحديث ﴿ المسئلة الثالثة ﴾ اتفق العلماء على أن من شرط الصرف أن يقع ناجزا واختلفوا فى الزمان الذى يحد هذا المعنى فقال أبو حنيفة والشافعى الصرف يقع ناجزا مالم يفترق

المتصارفان تعجل أو تأخر القبض وقال مالك ان تأخر القبض فى المجلس بطل الصرف وان لم يفترقا حتى كره المواعدة فيه وسبب الخلاف ترددهم فى مفهوم قوله عليه الصلاة والسلام الاهاء وهاء وذلك أن هذا يختلف بالأقل والأكثر فمن رأى ان هذا اللفظ صالح لمن لم يفترق من المجلس أعنى أنه يطلق عليه أنه باع هاء وهاء قال يجوز التأخير فى المجلس ومن رأى أن اللفظ لا يصح الا اذا وقع القبض من المتصارفين على الفور قال ان تأخر القبض عن العقد فى المجلس بطل الصرف ولاتفاقهم على هذا المعنى لم يجز عندهم فى الصرف حوالة ولا حمالة ولا خيار الا ما حكى عن أبى ثور أنه أجاز فيه الخيار واختلف فى المذهب فى التأخير الذى يغلب عليه المتصارفان أو أحدهما فمرة قيل فيه انه مثل الذى يقع بالاختيار ومرة قيل انه ليس كذلك فى تفاصيل لهم فى ذلك ليس قصدنا ذكرها فى هذا الكتاب ﴿ المسئلة الرابعة ﴾ اختلف العلماء فيمن اصطرف دراهم بدنانير ثم وجد فيها درهما زائفا فأراد رده فقال مالك ينتقض الصرف وان كانت دنانير كثيرة انتقض منها دينار للدرهم فما فوقه الى صرف دينار فان زاد درهم على دينار انتقض منها دينار آخر وهكذا ما بينه و بين أن ينتهى الى صرف دينار قال وان رضى بالدرهم الزائف لم يبطل من الصرف شئ وقال أبو حنيفة لا يبطل الصرف بالدرهم الزائف ويجوز تبديله الا أن تكون الزيوف نصف الدراهم أو أكثر فان ردها بطل الصرف فى المردود وقال الثورى اذا رد الزيوف كان مخيرا ان شاء أبدلها أو يكون شريكا له بقدر ذلك فى الدنانير أعنى لصاحب الدنانير وقال أحمد لا يبطل الصرف بالرد قليلا كان أو كثيرا وابن وهب من أصحاب مالك يجيز البدل فى الصرف وهو مبنى على أن الغلبة على النظرة فى الصرف ليس لها تأثير ولا سيما فى البعض وهو أحسن وعن الشافعى فى بطلان الصرف بالزيوف قولان فيتحصل لفقهاء الأمصار فى هذه المسئلة أربعة أقوال قول بابطال الصرف مطلقا عند الرد وقول باثبات الصرف ووجوب البدل وقول بالفرق بين القليل والكثير وقول بالتخيير بين بدل الزائف أو يكون شريكاله وسبب الخلاف فى هذا كله هل الغلبة على التأخير فى الصرف مؤثرة فيه أو غير مؤثرة وان كانت مؤثرة فهل هى مؤثرة فى القليل أو فى الكثير وأما وجود النقصان فان المذهب اضطرب فيه فمرة قال فيه انه ان رضى بالنقصان جاز الصرف وان طلب البدل انتقض الصرف قياسا على الزيوف ومرة قال يبطل الصرف وان رضى به وهو ضعيف واختلفوا أيضا اذا قبض بعض الصرف وتأخر بعضه أعنى الصرف المنعقد على التناجز فقيل يبطل الصرف كله وبه قال الشافعى وقيل يبطل منه المتأخر فقط وبه قال أبو حنيفة ومحمد وأبو يوسف والقولان فى المذهب ومبنى الخلاف فى الصفقة الواحدة يخالطها حرام وحلال هل تبطل الصفقة كلها أو الحرام منها فقط ﴿ المسئلة الخامسة ﴾ أجمع العلماء على أن المراطلة جائزة فى الذهب بالذهب وفى الفضة بالفضة وان اختلف العدد لاتفاق الوزن وذلك اذا كانت صفة الذهبين واحدة واختلفوا فى المراطلة فى موضعين أحدهما أن تختلف صفة الذهبين والثانى أن ينقص أحد الذهبين عن الآخر فيريد الآخر أن يزيد بذلك عرضا أو دراهم ان كانت المراطلة بذهب أو ذهبا ان كانت المراطلة بدراهم فذهب مالك أما فى الموضع الاول وهو أن يختلف جنس المراطل بهما فى الجودة والرداءة انه متى راطل أحدهما بصنف من الذهب الواحد وأخرج الآخر ذهبين أحدهما أجود من ذلك الصنف الواحد والآخر أردأ فان ذلك عنده لا يجوز وان كان الصنف الواحد من الذهبين أعنى الذى

أخرجه وحده أجود من الذهبين المختلفين اللذين أخرجهما الآخر أو أردأ منهما معا أو مثل أحدهما وأجود من الثانى جازت المراطلة عنده وقال الشافعى اذا اختلف الذهبان بلا يجوز ذلك وقال أبو حنيفة وجميع الكوفيين والبصريين يجوز جميع ذلك وعمدة مذهب مالك فى منعه ذلك الاتهام وهو مصير الى القول بسد الذرائع وذلك أنه يتهم أن يكون المراطل انما قصد بذلك بيع الذهبين متفاضلا فكأنه أعطى جزأ من الوسط بأكثر منه من الأردأ و بأقل منه من الأعلى فيتذرع من ذلك الى بيع الذهب بالذهب متفاضلا مثال ذلك أن انسانا قال لآخر خذ منى خمسة وعشرين مثقالا وسطا بعشرين من الأعلى فقال لا يجوز هذا لنا ولكن أعطيك عشرين من الأعلى وعشرة أدنى من ذهبك وتعطينى أنت ثلاثين من الوسط فتكون العشرة الأدنى يقابلها خمسة من ذهبك ويقابل العشرين من ذهب الوسط العشرين من ذهبك الأعلى وعمدة الشافعى اعتبار التفاضل الموجود فى القيمة وعمدة أبى حنيفة اعتبار وجود الوزن من الذهبين ورد القول بسد الذرائع ومثل اختلافهم فى المصارفة التى تكون بالمراطلة اختلفوا فى هذا الموضع فى المصارفة التى تكون بالعدد أعنى اذا اختلفت جودة الذهبين أو الأذهاب وأما اختلافهم اذا نقصت المراطلة فاراد أحدهما أن يزيد شيأ آخر مما فيه الربا أو مما لا ربا فيه فقريب من هذا الاختلاف مثل أن يراطل أحدهما صاحبه ذهب بذهب فينقص أحد الذهبين عن الآخر فيريد الذى نقص ذهبه أن يعطى عوض الناقص دراهم أو عرضا فقال مالك والشافعى والليث ان ذلك لا يجوز والمراطلة فاسدة وأجاز ذلك كله أبو حنيفة والكوفيون وعمدة الحنفية تقدير وجود المماثلة من الذهبين وبقاء الفضل مقابل للعرض وعمدة مالك التهمة فى أن يقصد بذلك بيع الذهب بالذهب متفاضلا وعمدة الشافعى عدم المماثلة بالكيل أو الوزن أو العدد الذى بالفضل ومثل هذا يختلفون اذا كانت المصارفة بالعدد ﴿ المسئلة السادسة ﴾ واختلفوا فى الرجلين يكون لأحدهما على صاحبه دنانير وللآخر عليه دراهم هل يجوز أن يتصارفاها وهى فى الذمة فقال مالك ذلك جائز اذا كانا قد حلا معا وقال أبو حنيفة يجوز فى الحال وفى غير الحال وقال الشافعى والليث لا يجوز ذلك حلا أو لم يحلا وحجة من لم يجزه أنه غائب بغائب واذا لم يجز غائب بناجز كان أحرى أن لا يجوز غائب بغائب وأما مالك فأقام حلول الأجلين فى ذلك مقام الناجز بالناجز وانما اشترط أن يكونا حالين معا لئلا يكون ذلك من بيع الدين بالدين وبقول الشافعى قال ابن وهب وابن كنانة من أصحاب مالك وقريب من هذا اختلافهم فى جواز الصرف على ماليس عندهما اذا دفعه أحدهما الى صاحبه قبل الافتراق مثل أن تستقرضاه فى المجلس فتقابضاه قبل الافتراق فأجاز ذلك الشافعى وأبو حنيفة وكرهه ابن القاسم من الطرفين واستخفه من الطرف الواحد أعنى اذا كان أحدهما هو المستقرض فقط وقال زفر لا يجوز ذلك الا أن يكون من طرف واحد ومن هذا الباب اختلافهم فى الرجل يكون له على الرجل دراهم الى أجل هل يأخذ فيها اذا حل الأجل ذهبا أو بالعكس فذهب مالك الى جواز ذلك اذا كان القبض قبل الافتراق وبه قال أبو حنيفة الا أنه أجاز ذلك وان لم يحل الأجل ولم يجز ذلك جماعة من العلماء سواء كان الأجل حالا أو لم يكن وهو قول ابن عباس وابن مسعود وحجة من أجاز ذلك حديث ابن عمر قال كنت أبيع الابل بالبقيع أبيع بالدنانير وآخذ الدراهم وأبيع بالدراهم وآخذ الدنانير فسألت عن ذلك رسول الله صلى الله عليه وسلم فقال لا بأس بذلك اذا كان بسعر

يومه خرجه أبو داود وحجة من لم يجزه ماجاء فى حديث أبى سعيد وغيره ولا تبيعوا منها غائبا بناجز

﴿ المسئلة السابعة ﴾ اختلف فى البيع والصرف فى مذهب مالك فقال انه لا يجوز الا أن يكون أحدهما الأكثر والآخر تبع لصاحبه وسواء كان الصرف فى دينار واحد أو فى دنانير وقيل ان كان الصرف فى دينار واحد جاز كيفما وقع وان كان فى أكثر اعتبر كون أحدهما تابعا للآخر فى الجواز فان كانا معا مقصودين لم يجز وأجاز أشهب الصرف والبيع وهو أجود لأنه ليس فى ذلك مايؤدى الى ربا ولا الى غرر

﴿ كتاب السلم ﴾

وفى هذا الكتاب ثلاثة أبواب الباب الأول فى محله وشروطه الباب الثانى فيما يجوز أن يقتضى من المسلم اليه بدل ما انعقد عليه السلم ومايعرض فى ذلك من الاقالة والتعجيل والتأخير الباب الثالث فى اختلافهما فى السلم

﴿ الباب الأول ﴾

فأما محله فانهم أجمعوا على جوازه فى كل ما يكال أو يوزن لما ثبت من حديث ابن عباس المشهور قال قدم النبى صلى الله عليه وسلم المدينة وهم يسلمون فى التمر السنتين والثلاث فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم من سلف فليسلف فى ثمن معلوم ووزن معلوم الى أجل معلوم واتفقوا على امتناعه فيما لا يثبت فى الذمة وهى الدور والعقار وأما سائر ذلك من العروض والحيوان فاختلفوا فيها فمنع ذلك داود وطائفة من أهل الظاهر مصيرا الى ظاهر هذا الحديث والجمهور على أنه جائز فى العروض التى تنضبط بالصفة والعدد واختلفوا من ذلك فيما ينضبط مما لا ينضبط بالصفة فمن ذلك الحيوان والرقيق فذهب مالك والشافعى والاوزاعى والليث الى أن السلم فيهما جائز وهو قول ابن عمر من الصحابة وقال أبو حنيفة والثورى وأهل العراق لا يجوز السلم فى الحيوان وهو قول ابن مسعود وعن عمر فى ذلك قولان وعمدة أهل العراق فى ذلك ماروى عن ابن عباس أن النبى صلى الله عليه وسلم نهى عن السلف فى الحيوان وهذا الحديث ضعيف عند الفريق الأول وربما احتجوا أيضا بنهيه عليه الصلاة والسلام عن بيع الحيوان بالحيوان نسيئة وعمدة من أجاز السلم فى الحيوان ماروى عن ابن عمر أن رسول الله صلى الله عليه وسلم أمره أن يجهز جيشا فنفدت الابل فأمره أن يأخذ على قلاص الصدقة فأخذ البعير بالبعيرين الى ابل الصدقة وحديث أبى رافع أيضا أن النبى صلى الله عليه وسلم استسلف بكرا قالوا وهذا كله يدل على ثبوته فى الذمة فسبب اختلافهم شيئان أحدهما تعارض الآثار فى هذا المعنى والثانى تردد الحيوان بين أن يضبط بالصفة أو لا يضبط فمن نظر الى تباين الحيوان فى الخلق والصفات وبخاصة صفات النفس قال لا تنضبط ومن نظر الى تشابهها قال تنضبط ومنها اختلافهم فى البيض والدر وغير ذلك فلم يجز أبو حنيفة السلم فى البيض وأجازه مالك بالعدد وكذلك فى اللحم أجازه مالك والشافعى ومنعه أبو حنيفة وكذلك السلم فى الرؤس والأكارع أجازه مالك ومنعه أبو حنيفة واختلف فى ذلك قول الشافعى وكذلك السلم فى الدر والفصوص أجازه مالك ومنعه الشافعى وقصدنا من هذه المسائل انما هو الاصول الضابطة للشريعة لا احصاء الفروع لان ذلك غير منحصر

﴿ وأما شروطه ﴾ فمنها مجمع عليها ومنها مختلف فيها فاما المجمع عليها فهى ستة منها أن يكون الثمن والمثمون مما يجوز فيه النساء وامتناعه فيما لا يجوز فيه النساء وذلك اما اتفاق المنافع على مايراه مالك رحمه الله واما اتفاق الجنس على مايراه أبو حنيفة واما اعتبار الطعم مع الجنس على مايراه الشافعى فى علة

السلم ومنها أن يكون مقدرا اما بالكيل أو بالوزن أو العدد ان كان مما شأنه أن يلحقه التقدير أو منضبطا بالصفة ان كان مما المقصود منه الصفة ومنها أن يكون موجودا عند حلول الأجل ومنها أن يكون الثمن غير مؤجل أجلا بعيدا لئلا يكون من باب الكالئ بالكالئ هذا فى الجملة واختلفوا فى اشتراط اليومين والثلاثة فى تأخير نقد الثمن بعد اتفاقهم على أنه لا يجوز فى المدة الكثيرة ولا مطلقا فاجاز مالك اشتراط تأخير اليومين والثلاثة وكذلك أجاز تأخيره بلا شرط وذهب أبو حنيفة والشافعى الى أن من شرطه التقابض فى المجلس كالصرف فهذه ستة متفق عليها واختلفوا فى أربعة أحدها الاجل هل هو شرط فيه أم لا والثانى هل من شرطه أن يكون جنس المسلم فيه موجودا فى حال عقد السلم أم لا والثالث اشتراط مكان دفع السلم فيه والرابع أن يكون الثمن مقدرا اما مكيلا واما موزونا واما معدودا وأن لا يكون جزافا فاما الاجل فان أبا حنيفة هو عنده شرط صحة بلا خلاف عنه فى ذلك وأما مالك فالظاهر من مذهبه والمشهور عنه انه من شرط السلم وقد قيل انه يتخرج من بعض الروايات عنه جواز السلم الحال وأما اللخمى فانه فصل الامر فى ذلك فقال ان السلم فى المذهب يكون على ضربين سلم حال وهو الذى يكون من شأنه بيع تلك السلعة وسلم مؤجل وهو الذى يكون ممن ليس من شأنه بيع تلك السلعة وعمدة من اشترط الاجل شيآن ظاهر حديث ابن عباس والثانى انه اذا لم يشترط فيه الاجل كان من باب بيع ما ليس عند البائع المنهى عنه وعمدة الشافعى انه اذا جاز مع الاجل فهو حالا أجوز لانه أقل غررا وربما استدلت الشافعية بما روى أن النبى صلى الله عليه وسلم اشترى جملا من اعرابى بوسق تمر فلما دخل البيت لم يجد التمر فاستقرض النبى صلى الله عليه وسلم تمرا وأعطاه اياه قالوا فهذا هو شراء حال بتمر فى الذمة وللمالكية من طريق المعنى أن السلم انما جوز لموضع الارتفاق ولان المسلف يرغب فى تقديم الثمن لاسترخاص المسلم فيه والمسلم اليه يرغب فيه لموضع السيئة واذا لم يشترط الاجل زال هذا المعنى واختلفوا فى الاجل فى موضعين أحدهما هل يقدر بغير الايام والشهور مثل الجذاذ والقطاف والحصاد والموسم والثانى فى مقداره من الايام وتحصيل مذهب مالك فى مقداره من الايام أن المسلم فيه على ضربين ضرب يقتضى بالبلد المسلم فيه وضرب يقتضى بغير البلد الذى وقع فيه السلم فان اقتضاه فى البلد المسلم فيه فقال ابن القاسم ان المعتبر فى ذلك أجل تختلف فيه الاسواق وذلك خمسة عشر يوما أو نحوها وروى ابن وهب عن مالك أنه يجوز لليومين والثلاثة وقال ابن عبد الحكم لا بأس به الى اليوم الواحد وأما ما يقتضى ببلد آخر فان الاجل عندهم فيه هو قطع المسافة التى بين البلدين قلت أو كثرت وقال أبو حنيفة لا يكون أقل من ثلاثة أيام فمن جعل الاجل شرطا غير معلل اشترط منه أقل ما ينطلق عليه الاسم ومن جعله شرطا معللا باختلاف الاسواق اشترط من الايام ما تختلف فيه الاسواق غالبا وأما الاجل الى الجذاذ والحصاد وما أشبه ذلك فأجازه مالك ومنعه أبو حنيفة والشافعى فمن رأى ان الاختلاف الذى يكون فى أمثال هذه الآجال يسير أجاز ذلك اذ الغرر اليسير معفو عنه فى الشرع وشبهه بالاختلاف الذى يكون فى الشهور من قبل الزيادة والنقصان ومن رأى انه كثير وانه أكثر من الاختلاف الذى يكون من قبل نقصان الشهور وكمالها لم يجزه وأما اختلافهم فى هل من شرط السلم أن يكون جنس المسلم فيه موجودا فى حين عقد السلم فان مالكا والشافعى وأحمد واسحق وأبا ثور لم يشترطوا ذلك وقالوا يجوز السلم فى غير وقت ابانه

وقال أبو حنيفة وأصحابه والثورى والاوزاعى لايجوز السلم الا فى ابان الشئ المسلم فيه فحجه من لم يشترط الابان ما ورد فى حديث ابن عباس ان الناس كانوا يسلمون فى التمر السنتين والثلاث فاقروا على ذلك ولم ينهوا عنه وعمدة الحنفيه ماروى من حديث ابن عمر أن النبى صلى الله عليه وسلم قال لاتسلموا فى النخل حتى يبدو صلاحها وكأنهم رأوا أن الغرر يكون فيه أكثر اذا لم يكن موجودا فى حال العقد وكأنه اشبه بيع مالم يخلق أكثر وان كان ذلك معينا وهذا فى الذمة وبهذا فارق السلم بيع مالم يخلق ﴿وأما الشرط الثالث﴾ وهو مكان القبض فان أبا حنيفة اشترطه تشبيها بالزمان ولم يشترطه غيره وهم الاكثر وقال القاضى أبو محمد الافضل اشتراطه وقال ابن المواز ليس يحتاج الى ذلك ﴿وأما الشرط الرابع﴾ وهو أن يكون الثمن مقدرا مكيلا أوموزونا أومعدودا أومذروعا لاجزافا فاشترط ذلك أبو حنيفة ولم يشترطه الشافعى ولاصاحبا أبى حنيفة أبو يوسف ومحمد قالوا وليس يحفظ عن مالك فى ذلك نص الاأنه يجوز عنده بيع الجزاف الافيما يعظم الغرر فيه على ماتقدم من مذهبه وينبغى أن تعلم أن التقدير فى السلم يكون بالوزن فيما يمكن فيه الوزن وبالكيل فيما يمكن فيه الكيل وبالذرع فيما يمكن فيه الذرع وبالعدد فيما يمكن فيه العدد وان لم يمكن فيه أحد هذه التقديرات انضبط بالصفات المقصودة من الجنس مع ذكر الجنس ان كان أنواعا مختلفة أومع تركه ان كان نوعا واحدا ولم يختلفوا أن السلم لايكون الافى الذمة وأنه لايكون فى معين وأجاز مالك السلم فى قرية معينة اذا كانت مأمونة وكأنه رآها مثل الذمة

﴿الباب الثانى﴾

وفى هذا الباب فروع كثيرة لكن نذكر منها المشهور ﴿مسئلة﴾ اختلف العلماء فيمن أسلم فى شئ من الثمر فلما حل الاجل تعذر تسليمه حتى عدم ذلك المسلم فيه وخرج زمانه فقال الجهور اذا وقع ذلك كان المسلم بالخيار بين أن يأخذ الثمن أو يصبر الى العام القابل وبه قال الشافعى وأبو حنيفة وابن القاسم وحجتهم أن العقد وقع على موصوف فى الذمة فهو باق على أصله وليس من شرط جوازه أن يكون من ثمار هذه السنة وانما هو شئ شرطه المسلم فهو فى ذلك بالخيار وقال أشهب من أصحاب مالك ينفسخ السلم ضرورة ولايجوز التأخير وكأنه رآه من باب الكالئ بالكالئ وقال سحنون ليس له أخذ الثمن وانما له أن يصبر الى القابل واضطرب قول مالك فى هذا والمعتمد عليه فى هذه المسئلة مارآه أبو حنيفة والشافعى وابن القاسم وهو الذى اختاره أبو بكر الطرطوشى والكالئ بالكالئ المنهى عنه انما هو المقصود لا الذى يدخل اضطرارا ﴿مسئلة﴾ اختلف العلماء فى بيع المسلم فيه اذا حان الأجل من المسلم اليه قبل قبضه فمن العلماء من لم يجز ذلك أصلا وهم القائلون بأن كل شئ لايجوز بيعه قبل قبضه وبه قال أبو حنيفة وأحمد واسحق وتمسك أحمد واسحق فى منع هذا بحديث عطية العوفى عن أبى سعيد الخدرى قال قال رسول الله صلى الله عليه وسلم من أسلم فى شئ فلا يصرفه فى غيره وأما مالك فانه منع شراء المسلم فيه قبل قبضه فى موضعين أحدهما اذا كان المسلم فيه طعاما وذلك بناء على مذهبه فى أن الذى يشترط فى بيعه القبض هو الطعام على ماجاء عليه النص فى الحديث والثانى اذا لم يكن المسلم فيه طعاما فأخذ عوضه المسلم مالايجوز أن يسلم فيه رأس ماله مثل أن يكون المسلم فيه عرضا والثمن عرضا مخالفا له فيأخذ المسلم من المسلم اليه اذا حان الأجل شيأ من جنس ذلك العرض الذى هو الثمن وذلك ان هذا يدخله اما سلف وزيادة ان

كان العرض المأخوذ أكثر من رأس مال السلم واما ضمان وسلف ان كان مثله أو أقل وكذلك ان كان رأس مال السلم طعاما لم يجز أن يأخذ فيه طعاما آخر أكثر منه لا من جنسه ولا من غير جنسه فان كان مثل طعامه فى الجنس والكيل والصفة فيما حكاه عبد الوهاب جاز لأنه يحمله على العروض وكذلك يجوز عنده أن يأخذ من الطعام المسلم فيه طعاما من صفته وان كان أقل جودة لأنه عنده من باب البدل فى الدنانير والاحسان مثل أن يكون له عليه قمح فيأخذ بمكيلته شعيرا وهذا كله من شرطه عند مالك أن لا يتأخر القبض لأنه يدخله الدين بالدين وان كان رأس مال السلم عينا وأخذ المسلم فيه عينا من جنسه جاز مالم يكن أكثر منه ولم يتهمه على بيع العين بالعين نسيئة اذا كان مثله أو أقل وان أخذ دراهم فى دنانير لم يتهمه على الصرف المتأخر وكذلك ان أخذ فيه دنانير من غير صنف الدنانير التى هى رأس مال السلم وأما بيع السلم من غير المسلم اليه فيجوز بكل شئ يجوز به التبايع مالم يكن طعاما لأنه يدخله بيع الطعام قبل قبضه وأما الاقالة فمن شرطها عند مالك أن لا يدخلها زيادة ولا نقصان فان دخلها زيادة أو نقصان كان بيعا من البيوع ودخلها ما يدخل البيوع أعنى أنها تفسد عنده بما يفسد بيوع الآجال مثل أن يتذرع الى بيع وسلف أو الى ضع وتعجل أو الى بيع السلم بما لا يجوز بيعه مثال ذلك فى دخول بيع وسلف به اذا حل الأجل فأقاله على أن أخذ البعض وأقال من البعض فانه لا يجوز عنده فانه يدخله التذرع الى بيع وسلف وذلك جائز عند الشافعى وأبى حنيفة لأنهما لا يقولان بتحريم بيوع الذرائع ﴿مسئلة﴾ اختلف العلماء فى الشراء برأس مال السلم من المسلم اليه شيأ بعد الاقالة بما لا يجوز قبل الاقالة فمن العلماء من لم يجزه أصلا ورأى أن الاقالة ذريعة الى أن يجوز من ذلك مالا يجوز وبه قال أبو حنيفة وأصحابه ومالك وأصحابه الا أن عند أبى حنيفة لا يجوز على الاطلاق اذ كان لا يجوز عنده بيع المسلم فيه قبل القبض على الاطلاق ومالك يمنع ذلك فى المواضع التى يمنع بيع المسلم فيه قبل القبض على ما فصلناه قبل هذا من مذهبه ومن العلماء من أجازه وبه قال الشافعى والثورى وحجتهم ان بالاقالة قد ملك رأس ماله فاذا ملكه جاز له أن يشترى به ما أحب والظن الردىء بالمسلمين غير جائز قال وأما حديث أبى سعيد فانه انما وقع النهى فيه قبل الاقالة

﴿مسئلة﴾ اختلفوا اذا ندم المبتاع فى السلم فقال للبائع أقلنى وأنظرك بالثمن الذى دفعت اليك فقال مالك وطائفة ذلك لا يجوز وقال قوم يجوز واعتل مالك فى ذلك مخافة أن يكون المشترى لما حل له الطعام على البائع أخره عنه على أن يقيله فكان ذلك من باب بيع الطعام الى أجل قبل أن يستوفى وقوم اعتلوا لمنع ذلك بأنه من باب فسخ الدين بالدين والذين رأوه جائزا رأوا انه من باب المعروف والاحسان الذى أمر الله تعالى به قال رسول الله صلى الله عليه وسلم من أقال مسلما صفقته أقال الله عثرته يوم القيامة ومن أنظر معسرا أظله الله فى ظله يوم لا ظل الا ظله ﴿مسئلة﴾ أجمع العلماء على أنه اذا كان لرجل على رجل دراهم أو دنانير الى أجل فدفعها اليه عند محل الأجل و بعده أنه يلزمه أخذها واختلفوا فى العروض المؤجلة من السلم وغيره فقال مالك والجمهور ان أتى بها قبل محل الأجل لم يلزم أخذها وقال الشافعى ان كان مما لا يتغير ولا يقصد به النظارة لزمه أخذه كالنحاس والحديد وان كان مما يقصد به النظارة كالفواكه لم يلزمه وأما اذا أتى به بعد محل الأجل فاختلف فى ذلك أصحاب مالك فروى عنه أنه يلزمه قبضه مثل أن يسلم فى قطائف الشتاء فيأتى بها فى الصيف فقال ابن وهب وجماعة لا يلزمه ذلك وحجة

الجمهور فى أنه لا يلزمه قبض العروض قبل محل الأجل من قبل انه من ضمانه الى الوقت المضروب الذى قصده ولما عليه من المؤنة فى ذلك وليس كذلك الدنانير والدراهم اذ لا مؤنة فيها ومن لم يلزمه بعد الأجل فحجته أنه رأى أن المقصود من العروض انما كان وقت الأجل لا غيره وأما من أجاز ذلك فى الوجهين أعنى بعد الأجل أو قبله فشبهه بالدنانير والدراهم (مسئلة) اختلف العلماء فيمن أسلم الى آخر أو باع منه طعاما على مكيلة ما فاخبر البائع أو المسلم اليه المشترى بكيل الطعام هل للمشترى أن يقبضه منه دون أن يكيله وأن يعمل فى ذلك على تصديقه فقال مالك ذلك جائز فى السلم وفى البيع بشرط النقد والا خيف أن يكون من باب الربا كأنه انما صدقه فى الكيل لمكان انه أنظره بالثمن وقال أبو حنيفة والشافعى والثورى والاوزاعى والليث لا يجوز ذلك حتى يكيله البائع للمشترى مرة ثانية بعد أن كاله لنفسه بحضرة البائع وحجتهم أنه لما كان ليس للمشترى أن يبيعه الا بعد أن يكيله لم يكن له أن يقبضه الا بعد أن يكيله البائع له لأنه لما كان من شرط البيع الكيل فكذلك القبض واحتجوا بما جاء فى الحديث أنه عليه الصلاة والسلام نهى عن بيع الطعام حتى يجرى فيه الصاعان صاع البائع وصاع المشترى واختلفوا اذا هلك الطعام فى يد المشترى قبل الكيل فاختلفا فى الكيل فقال الشافعى القول قول المشترى وبه قال أبو ثور وقال مالك القول قول البائع لأنه قد صدقه المشترى عند قبضه اياه وهذا مبنى عنده على أن البيع يجوز بنفس تصديقه

﴿الباب الثالث فى اختلاف المتبايعين فى السلم﴾

والمتبايعان فى السلم اما أن يختلفا فى قدر الثمن أو المثمون واما فى جنسهما واما فى الأجل واما فى مكان قبض السلم فأما اختلافهم فى قدر المسلم فيه فالقول فيه قول المسلم اليه ان أتى بما يشبه والا فالقول أيضا قول المسلم ان أتى أيضا بما يشبه فان أتيا بما لا يشبه فالقياس أن يتحالفا ويتفاسخا وأما اختلافهم فى جنس المسلم فيه فالحكم فى ذلك التحالف والتفاسخ مثل أن يقول أحدهما سلمت فى تمر ويقول الآخر فى قمح وأما اختلافهم فى الاجل فان كان فى حلوله فالقول قول المسلم اليه وان كان فى قدره فالقول أيضا قول المسلم اليه الا أن يأتى بما لا يشبه مثل أن يدعى المسلم وقت ابان المسلم فيه ويدعى المسلم اليه غير ذلك الوقت فالقول قول المسلم وأما اختلافهم فى موضع القبض فالمشهور ان من ادعى موضع عقد السلم فالقول قوله وان لم يدعه واحد منهما فالقول قول المسلم اليه وخالف سحنون فى الوجه الأول فقال القول قول المسلم اليه وان ادعى القبض فى موضع العقد وخالف أبو الفرج فى الموضع الثانى فقال اذا لم يدع واحد منهما موضع العقد تحالفا وتفاسخا وأما اختلافهم فى الثمن فحكمه حكم اختلاف المتبايعين قبل القبض وقد تقدم ذلك

﴿كتاب بيع الخيار﴾

والنظر فى أصول هذا الباب اما أولا فهل يجوز أم لا وان جاز فكم مدة الخيار وهل يشترط النقد فيه أم لا وممن ضمان المبيع فى مدة الخيار وهل يورث الخيار أم لا ومن يصح خياره ممن لا يصح وما يكون من الافعال خيارا كالقول أما جواز الخيار فعليه الجمهور الا الثورى وابن أبى شبرمة وطائفة من أهل الظاهر وعمدة الجمهور حديث حبان بن منقذ وفيه ولك الخيار ثلاثا وما روى فى حديث ابن عمر البيعان بالخيار مالم يفترقا الا بيع الخيار وعمدة من منعه انه غرر وأن الاصل هو اللزوم فى البيع الا أن يقوم دليل على جواز البيع على الخيار من كتاب الله أو سنة ثابتة أو اجماع قالوا وحديث حبان اما أنه ليس بصحيح واما أنه خاص لما شكى اليه صلى الله

عليه وسلم أنه يخدع فى البيوع قالوا وأما حديث ابن عمر وقوله فيه الا بيع الخيار فقد فسر المعنى المراد بهذا اللفظ وهو ما ورد فيه من لفظ آخر وهو أن يقول أحدهما لصاحبه اختر وأما مدة الخيار عند الذين قالوا بجوازه فرأى مالك ان ذلك ليس له قدر محدود فى نفسه وانه انما يتقدر بتقدر الحاجة الى اختلاف المبيعات وذلك يتفاوت بتفاوت المبيعات فقال مثل اليوم واليومين فى اختيار الثوب والجمعة والخمسة الايام فى اختيار الجارية والشهر ونحوه فى اختيار الدار وبالجملة فلا يجوز عنده الاجل الطويل الذى فيه فضل عن اختيار المبيع وقال الشافعى وأبو حنيفة أجل الخيار ثلاثة أيام لا يجوز أكثر من ذلك وقال أحمد وأبو يوسف ومحمد بن الحسن يجوز الخيار لأى مدة اشترطت وبه قال داود واختلفوا فى الخيار المطلق دون المقيد بمدة معلومة فقال الثورى والحسن بن جنى وجماعة بجواز اشتراط الخيار مطلقا ويكون له الخيار أبدا وقال مالك يجوز الخيار المطلق ولكن السلطان يضرب فيه أجل مثله وقال أبو حنيفة والشافعى لا يجوز بحال الخيار المطلق ويفسد البيع واختلف أبو حنيفة والشافعى ان وقع الخيار فى الثلاثة الايام زمن الخيار المطلق فقال أبو حنيفة ان وقع فى الثلاثة الايام جاز وان مضت الثلاثة فسد البيع وقال الشافعى بل هو فاسد على كل حال فهذه هى أقاويل فقهاء الامصار فى مدة الخيار وهى هل يجوز مطلقا أو مقيدا وان جاز مقيدا فكم مقداره وان لم يجز مطلقا فهل من شرط ذلك أن لا يقع الخيار فى الثلاث أم لا يجوز بحال وان وقع فى الثلاث فأما أدلتهم فان عمدة من لم يجز الخيار هو ما قلناه وأما عمدة من لم يجز الخيار الا ثلاثا فهو ان الاصل هو أن لا يجوز الخيار فلا يجوز منه الا ما ورد فيه النص فى حديث منقذ بن حبان أو حبان بن منقذ وذلك كسائر الرخص المستثناة من الاصول مثل استثناء العرايا من المزابنة وغير ذلك قالوا وقد جاء تحديد الخيار بالثلاث فى حديث المصراة وهو قوله من اشترى مصراة فهو بالخيار ثلاثة أيام وأما حديث منقذ فاشبه طرقه المتصلة ما رواه محمد بن اسحق عن نافع عن ابن عمر أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال لمنقذ وكان يخدع فى البيع اذا بعت فقل لا خلابة وأنت بالخيار ثلاثا وأما عمدة أصحاب مالك فهو ان المفهوم من الخيار هو اختيار المبيع واذا كان ذلك كذلك وجب أن يكون ذلك محدودا بزمان امكان اختيار المبيع وذلك يختلف بحسب مبيع مبيع فكأن النص انما ورد عندهم تنبيها على هذا المعنى وهو عندهم من باب الخاص أريد به العام وعند الطائفة الاولى من باب الخاص أريد به الخاص وأما اشتراط النقد فانه لا يجوز عند مالك وجميع أصحابه لتردده عندهم بين السلف والبيع وفيه ضعف وأما من ضمان المبيع فى مدة الخيار فانهم اختلفوا فى ذلك فقال مالك وأصحابه والليث والاوزاعى مصيبته من البائع والمشترى أمين وسواء كان الخيار لهما أو لأحدهما وقد قيل فى المذهب انه ان كان هلك بيد البائع فلا خلاف فى ضمانه اياه وان كان هلك بيد المشترى فالحكم كالحكم فى الرهن والعارية ان كان مما يغاب عليه فضمانه منه وان كان مما لا يغاب عليه فضمانه من البائع وقال أبو حنيفة ان كان شرط الخيار لكليهما أو للبائع وحده فضمانه من البائع والمبيع على ملكه وأما ان كان شرطه المشترى وحده فقد خرج المبيع عن ملك البائع ولم يدخل فى ملك المشترى وبقى معلقا حتى ينقضى الخيار وقد قيل عنه ان على المشترى الثمن وهذا يدل على أنه قد دخل عنده فى ملك المشترى وللشافعى قولان أشهرهما أن الضمان من المشترى لايهما كان الخيار فعمدة من رأى أن الضمان من البائع على كل حال انه عقد غير لازم فلم ينتقل الملك عن البائع كالوقال

بعتك ولم يقل المشترى قبلت وعمدة من رأى انه من المشـترى تشبيهه بالبيع اللازم وهو ضعيف لقياسه موضع الخلاف على موضع الاتفاق وأما من جعل الضمان لمشترط الخيار اذا شرطه أحدهما ولم يشترطه الثانى فلانه ان كان البائع هو المشترط فالخيار له ابقاء للمبيع على ملكه وان كان المشـترى هو المشترط له فقط فقد صرفه البائع عن ملكه وأبانه فوجب ان يدخل فى ملك المشترى ومن قال يخرج من ملك البائع ولا يدخل فى ملك المشترى اذا كان المشترى هو الذى شرطه فقط قال قد خرج عن ملك البائع لأنه لم يشترط خيارا ولم يلزم ان يدخل فى ملك المشترى لأنه شرط الخيار فى رد الآخر له ولكن هذا القول يمانع الحكم فانه لا بد ان تكون مصيبته من أحدهما والخلاف آيل الى هل الخيار مشترط لايقاع الفسخ فى البيع أو لتتميم البيع فاذا قلنا الفسخ البيع فقد خرج من ضمان البائع وان قلنا التتميم فهو فى ضمانه

(وأما المسئلة الخامسة) وهى هل يورث خيار المبيع أم لا فان مالكا والشافعى وأصحابهما قالوا يورث وانه اذا مات صاحب الخيار فالورثته من الخيار مثل ما كان له وقال أبو حنيفة وأصحابه يبطل الخيار بموت من له الخيار ويتم البيع وهكذا عنـده خيار الشفعة وخيار قبول الوصية وخيار الاقالة وسلم لهم أبو حنيفة خيار الرد بالعيب أعنى أنه قال يورث وكذلك خيار استحقاق الغنيمة قبل القسم وخيار القصاص وخيار الرهن وسلم لهم مالك خيار رد الأب ماوهبه لابنه أعنى انه لم يرلورثة الميت من الخيار فى رد ماوهبـه لابنه ماجعل له الشرع من ذلك أعنى للاب وكذلك خيار الكتابة والطلاق واللعان ومعنى خيار الطلاق ان يقول الرجل لرجل آخر طلق امرأتى متى شئت فيموت الرجل المجعول له الخيار فان ورثته لايتنزلون منزلته عند مالك وسلم الشافعى ماسلمت المالكية للحنفية من هـذه الخيارات وسلم زائدا خيار الاقالة والقبول فقال لا يورثان وعمدة المالكية والشافعية ان الاصل هو ان تورث الحقوق والاموال الا ماقام دليل على مفارقة الحق فى هـذا المعنى للمال وعمدة الحنفية ان الاصل هو ان يورث المال دون الحقوق الا ماقام دليله من الحاق الحقوق بالاموال فموضع الخلاف هل الأصل هو أن تورث الحقوق كالاموال أم لا وكل واحد من الفريقين يشبه من هذا مالم يسلمه له خصمه منها بما يسلمه منها له ويحتج على خصمه فالمالكية والشافعية تحتج على أبى حنيفة بتسليمه وراثة خيار الرد بالعيب ويشـبه سائر الخيارات التى يورثها به والحنفية تحتج أيضا على المالكية والشافعيـة بما تمنع من ذلك وكل واحـد منهم يروم ان يعطى فارقا فيما يختلف فيه قوله ومشابها فيما يتفق فيه قوله ويروم فى قول خصمه بالضد أعنى ان يعطى فرقا فيما يضعه الخصم متفقا ويعطى اتفاقا فيما يضعه الخصم متباينا مثل ماتقول المالكية انما قلنا ان خيار الأب فى رد هبته لا يورث لأن ذلك خيار راجع الى صفة فى الاب لاتوجد فى غـيره وهى الابوة فوجب أن لاتورث لا الى صفة فى العقد وهذا هو سبب اختلافهم فى خيار خيار أعنى انه من انقدح له فى شئ منها انه صفة للعقد ورثه ومن انقدح له انه صفة خاصة بذى الخيار لم يورثه (وأما المسئلة السادسة) وهى من صح خياره فانهم اتفقوا على صحة خيار المتبايعين واختلفوا فى اشتراط خيار الاجنبى فقال مالك يجوز ذلك والبيع صحيح وقال الشافعى فى أحد قوليه لايجوز الا ان يوكله الذى جعل له الخيار ولا يجوز الخيار عنده على هذا القول لغير العاقد وهو قول أحمد وللشافعى قول آخر مثل قول مالك وبقول مالك قال أبو حنيفة واختلف المذهب على ان الخيار للاجنبى اذا جعله له المتبايعان وان قوله لازم لهما واختلف المذهب اذا جعله

أحدهما فاختلف البائع ومن جعل له البائع الخيار أو المشترى ومن جعل له المشترى الخيار فقيل القول في الامضاء والرد قول الاجنبي سواء اشترط خياره البائع أو المشترى وقال عكس هذا القول من جعل خياره هنا كالمشورة وقيل بالفرق بين البائع والمشترى أى ان القول في الامضاء والرد قول البائع دون الاجنبي وقول الاجنبي دون المشترى ان كان المشترى هو مشترط الخيار وقيل القول قول من أراد منهما الامضاء وان أراد البائع الامضاء وأراد الاجنبي الذى اشترط البائع خياره الرد ووافقه المشترى فالقول قول البائع في الامضاء وان أراد البائع الرد وأراد الاجنبي الامضاء ووافقه المشترى فالقول قول المشترى وكذلك ان اشترط الخيار للاجنبي المشترى فالقول فيهما قول من أراد الامضاء وكذلك الحال في المشترى وقيل بالفرق في هذا بين البائع والمشترى أى ان اشترطه البائع فالقول قول من أراد الامضاء منهما وان اشترطه المشترى فالقول قول الاجنبي وهو ظاهر ما في المدونة وهذا كله ضعيف واختلفوا فيمن اشترط من الخيار ما لا يجوز مثل ان يشترط أجلا مجهولا وخيارا فوق الثلاث عند من لا يجوز الخيار فوق الثلاث أو خيار رجل بعيد الموضع بعينه أعنى أجنبيا فقال مالك والشافعى لا يصح البيع وان أسقط الشرط الفاسد وقال أبو حنيفة يصح البيع مع اسقاط الشرط الفاسد فأصل الخلاف هل الفساد الواقع في البيع من قبل الشرط يتعدى الى العقد أم لا يتعدى وانما هو في الشرط فقط فمن قال يتعدى أبطل البيع وان أسقطه ومن قال لا يتعدى قال البيع يصح اذا أسقط الشرط الفاسد لأنه يبقى العقد صحيحا

﴿ كتاب بيع المرابحة ﴾

أجمع جمهور العلماء على ان البيع صنفان مساومة ومرابحة وان المرابحة هى ان يذكر البائع للمشترى الثمن الذى اشترى به السلعة ويشترط عليه ربحا ما للدينار أو الدرهم واختلفوا من ذلك بالجملة في موضعين أحدهما فيما للبائع أن يعده من رأس مال السلعة مما أنفق على السلعة بعد الشراء مما ليس له ان يعده من رأس المال والموضع الثانى اذا كذب البائع للمشترى فأخبر انه اشتراه بأكثر مما اشترى السلعة به أو وهم فاخبر بأقل مما اشترى به السلعة ثم ظهر له انه اشتراها بأكثر ففى هذا الكتاب بحسب اختلاف فقهاء الامصار بابان الباب الأول فيما يعد من رأس المال مما لا يعد وفى صفة رأس المال الذى يجوز ان يبنى عليه الربح الثانى في حكم ما وقع من الزيادة أو النقصان في خبر البائع بالثمن

﴿ الباب الأول ﴾

فأما ما يعد في الثمن مما لا يعد فان تحصيل مذهب مالك في ذلك ان ما ينوب البائع على السلعة زائدا على الثمن ينقسم ثلاثة أقسام قسم يعد في أصل الثمن ويكون له حظ من الربح وقسم يعد في أصل الثمن ولا يكون له حظ من الربح وقسم لا يعد في أصل الثمن ولا يكون له حظ من الربح فأما الذى يحسبه في رأس المال ويجعل له حظا من الربح فهو ما كان مؤثرا في عين السلعة مثل الخياطة والصبغ وأما الذى يحسبه في رأس المال ولا يجعل له حظا من الربح فما لا يؤثر في عين السلعة مما لا يمكن البائع ان يتولاه بنفسه كحمل المتاع من بلد الى بلد وكراء البيوت التى توضع فيها وأما ما لا يحتسب فيه في الامرين جميعا فما ليس له تأثير في عين السلعة مما يمكن ان يتولاه صاحب السلعة بنفسه كالسمسرة والطى والشد

وقال أبو حنيفة بل يحمل على ثمن السلعة كل ما نابه عليها وقال أبو ثور لا يجوز المرابحة الا بالثمن الذى اشترى به السلعة فقط الا ان يفصل و يفسخ عنده ان وقع قال لانه كذب لانه يقول له ثمن سلعتى كذا وكذا وليس الأمر كذلك وهو عنده من باب الغش وأما صفة رأس الثمن الذى يجوز ان يخبر به فان مالكا والليث قالا فيمن اشترى سلعة بدنانير والصرف يوم اشتراها صرف معلوم ثم باعها بدراهم والصرف قد تغير الى زيادة انه ليس له ان يعلم يوم باعها بالدنانير التى اشتراها لأنه من باب الكذب والخيانة وكذلك ان اشتراها بدراهم ثم باعها بدنانير وقد تغير الصرف واختلف أصحاب مالك من هذا الباب فيمن ابتاع سلعة بعروض هل يجوز له ان يبيعها مرابحة أم لا يجوز فاذا قلنا بالجواز فهل يجوز بقيمة العرض أو بالعرض نفسه فقال ابن القاسم يجوز له بيعها على ما اشتراه به من العروض ولا يجوز على القيمة وقال أشهب لا يجوز لمن اشترى سلعة بشئ من العروض ان يبيعها مرابحة لأنه يطالبه بعروض على صفة عرضه وفى الغالب ليس يكون عنده فهو من باب بيع ما ليس عنده واختلف مالك وأبو حنيفة فيمن اشترى سلعة بدنانير فأخذ فى الدنانير عروضا أو دراهم هل يجوز له بيعها مرابحة دون ان يعلم بما نقد أم لا يجوز فقال مالك لا يجوز الا ان يعلم ما نقد وقال أبو حنيفة يجوز ان يبيعها منه مرابحة على الدنانير التى ابتاع بها السلعة دون العروض التى أعطى فيها أو الدراهم وقال مالك أيضا فيمن اشترى سلعة أجل فباعها مرابحة انه لا يجوز حتى يعلم بالاجل وقال الشافعى ان وقع كان للمشترى مثل أجله وقال أبو ثور هو كالعيب وله الرد به وفى هذا الباب فى المذهب فروع كثيرة ليست مما قصدناه

﴿ الباب الثانى ﴾

واختلفوا فيمن ابتاع سلعة مرابحة على ثمن ذكره ثم ظهر بعد ذلك اما باقراره واما ببينة ان الثمن كان أقل والسلعة قائمة فقال مالك وجماعة المشترى بالخيار اما ان يأخذ بالثمن الذى صح أو يترك اذا لم يلزمه البائع أخذها بالثمن الذى صح وان ألزمه لزمه وقال أبو حنيفة وزفر بل المشترى بالخيار على الاطلاق ولا يلزمه الأخذ بالثمن الذى ان ألزمه البائع لزمه وقال الثورى وابن أبى ليلى وأحمد وجماعة بل يبقى البيع لازما لهما بعد حط الزيادة وعن الشافعى القولان القول بالخيار مطلقا والقول باللزوم بعد الحط فحجة من أوجب البيع بعد الحط ان المشترى انما أربحه على ما ابتاع به السلعة لا غير ذلك فما ظهر خلاف ما قال وجب ان يرجع الى الذى ظهر كما لو أخذه بكيل معلوم فخرج بغير ذلك الكيل انه يلزمه توفية ذلك الكيل وحجة من رأى ان الخيار مطلقا تشبيه الكذب فى هذه المسئلة بالعيب أعنى انه كما يوجب العيب الخيار كذلك يوجب الكذب وأما اذا فاتت السلعة فقال الشافعى يحط مقدار ما زاد من الثمن وما وجب له من الربح وقال مالك ان كانت قيمتها يوم القبض أو يوم البيع على خلاف عنه فى ذلك مثل ما وزن المبتاع أو أقل فلا يرجع عليه المشترى بشئ وان كانت القيمة أقل خير البائع بين رده للمشترى القيمة أو رده الثمن أو امضائه السلعة بالثمن الذى صح وأما اذا باع الرجل سلعته مرابحة ثم أقام البينة ان ثمنها أكثر مما ذكره وانه وهم فى ذلك وهى قائمة فقال الشافعى لا يسمع من تلك البينة لأنه كذبها وقال مالك يسمع منها و يجبر المبتاع على ذلك الثمن وهذا بعيد لأنه بيع آخر وقال مالك فى هذه المسئلة اذا فاتت السلعة ان المبتاع مخير بين ان يعطى قيمة السلعة يوم قبضها أو ان يأخذها بالثمن الذى صح فهذه هى مشهورات مسائلهم فى هذا

الباب ومعرفة أحكام هذا البيع تنبنى فى مذهب مالك على معرفة احكام ثلاث مسائل وماتركب منها حكم مسئلة الكذب وحكم مسئلة الغش وحكم مسئلة وجود العيب فأما حكم الكذب فقد تقدم وأما حكم الرد بالعيب فهو حكمه فى البيع المطلق وأما حكم الغش عنده فهو تخيير البائع مطلقا وليس للبائع ان يلزمه البيع وان حط عنه مقدار الغش كما ذلك فى مسئلة الكذب هذا عند ابن القاسم وأما عند أشهب فان الغش عنده ينقسم قسمين قسم مؤثر فى الثمن وقسم غير مؤثر فاما غير المؤثر فلا حكم عنده فيه وأما المؤثر فحكمه عنده حكم الكذب وأما التى تتركب فهى أربع مسائل كذب وغش وكذب وتدليس وغش وتدليس بعيب وكذب وغش وتدليس بعيب وأصل مذهب ابن القاسم فيها انه يأخذ بالذى بقى حكمه ان كان فات بحكم أحدهما أو بالذى هو أرجح له ان لم يفت حكم أحدهما اما على التخيير حيث يمكن التخيير أو الجمع حيث يمكن الجمع وتفصيل هذا لائق بكتب الفروع أعنى مذهب ابن القاسم وغيره

﴿ كتاب بيع العرية ﴾

اختلف الفقهاء فى معنى العرية والرخصة التى أتت فيها فى السنة فحكى القاضى أبو محمد عبد الوهاب المالكى أن العرية فى مذهب مالك هى ان يهب الرجل ثمرة نخلة أو نخلات من حائطه لرجل بعينه فيجوز للمعرى شراؤها من المعرى له بخرصها تمرا على شروط أربعة أحدها ان تزهى والثانى ان تكون خمسة أوسق فما دون فان زادت فلا يجوز والثالث ان يعطيه التمر الذى يشترى بها عند الجذاذ فان أعطاه نقدا لم يجز والرابع ان يكون التمر من صنف تمر العرية ونوعها فعلى مذهب مالك الرخصة فى العرية انما هى فى حق المعرى فقط والرخصة فيها انما هى استثناؤها من المزابنة وهى بيع الرطب بالتمر الجاف الذى ورد النهى عنه ومن صنفى الربا أيضا أعنى التفاضل والنساء وذلك ان بيع تمر معلوم الكيل بتمر معلوم بالتخمين وهو الخرص فيدخله بيع الجنس الواحد متفاضلا وهو أيضا تمر بتمر الى أجل فهذا هو مذهب مالك فيما هى العرية وماهى الرخصة فيها ولمن الرخصة فيها وأما الشافعى فمعنى الرخصة الواردة عنده فيها ليست للمعرى خاصة وانما هى لكل أحد من الناس أراد ان يشترى هذا القدر من التمر أعنى الخمسة أوسق أو مادون ذلك بتمر مثلها وروى أن الرخصة فيها انما هى معلقة بهذا القدر من التمر لضرورة الناس ان يأكلوا رطبا وذلك لمن ليس عنده رطب ولا تمر (٧) يشترى به الرطب والشافعى يشترط فى اعطاء التمر الذى تباع به العرية ان يكون نقدا ويقول ان تفرقا قبل القبض فسد البيع والعرية جائزة عند مالك فى كل مايبيس ويدخر وهى عند الشافعى فى التمر والعنب فقط ولا خلاف فى جوازها فيما دون الخمسة الاوسق عند مالك والشافعى وعنهما الخلاف اذا كانت خمسة أوسق فروى الجواز عنهما والمنع والاشهر عند مالك الجواز فالشافعى يخالف مالكا فى العرية فى أربعة مواضع أحدها فى سبب الرخصة كما قلنا والثانى أن العرية التى رخص فيها ليست هبة وانما سميت هبة على التجوز والثالث فى اشتراط النقد عند البيع والرابع فى محلها فهى عنده كما قلنا فى التمر والعنب فقط وعند مالك فى كل مايدخر وييبس وأما أحمد بن حنبل فيوافق مالكا فى أن العرية عنده هى الهبة ويخالفه فى أن الرخصة انما هى عنده فيها للموهوب له أعنى المعرى له

---

(٧) هكذا بالنسخ ولعله وعنده تمر يشترى اذ هى فسحة لمن عنده تمر وليس عنده رطب أن يشترى الرطب بالتمر ولذلك اشترط الشافعى دفع التمر نقدا فتأمل اه مصححه

لا المعرى وذلك انه يرى ان له ان يبيعها ممن شاء بهذه الصفة لا من المعرى خاصة كما ذهب اليه مالك وأما أبو حنيفة فيوافق مالكا فى ان العرية هى الهبة ويخالفه فى صفة الرخصة وذلك أن الرخصة عنده فيها ليست هى من باب استثنائها من المزابنة ولا هى فى الجملة فى البيع وانما الرخصة عنده فيها من باب رجوع الواهب فى هبته اذ كان الموهوب له لم يقبضها وليست عنده بيع وانما هى رجوع فى الهبة على صفة مخصوصة وهو أن يعطى بدلها تمرا بخرصها وعمدة مذهب مالك فى العرية انها بالصفة التى ذكر سنتها المشهورة عندهم بالمدينة قالوا وأصل هذا ان الرجل كان يهب النخلات من حائطه فيشق عليه دخول الموهوب له عليه فأبيح له أن يشتريها بخرصها تمرا عند الجذاذ ومن الحجة له فى أن الرخصة انما هى للمعرى حديث سهل بن أبى حثمة أن رسول الله صلى الله عليه وسلم نهى عن بيع التمر بالرطب الا انه رخص فى العرية أن تباع بخرصها يأكلها أهلها رطبا قالوا فقوله يأكلها رطبا دليل على ان ذلك خاص بمعريها لانهم فى ظاهر هذا القول أهلها ويمكن أن يقال ان أهلها هم الذين اشتروها كائنا من كان لكن قوله رطبا هو تعليل لا يناسب المعرى وعلى مذهب الشافعى هو مناسب وهم الذين ليس عندهم رطب ولا تمر يشترونها به ولذلك كانت الحجة للشافعى واما ان العرية عنده هى الهبة فالدليل على ذلك من اللغة فان أهل اللغة قالوا العرية هى الهبة واختلف فى تسميتها بذلك فقيل لانها عريت من الثمن وقيل انها مأخوذة من عروت الرجل أعروه اذا سألته ومنه قوله تعالى (وأطعموا القانع والمعترّ) وانما اشترط مالك نقد الثمن عند الجذاذ أعنى تأخيره الى ذلك الوقت لأنه تمر ورد الشرع بخرصه فكان من سنته أن يتأجل الى الجذاذ أصله الزكاة وفيه ضعف لأنه مصادمة بالقياس لأصل السنة وعنده انه اذا تطوع بعد تمام العقد بتعجيل التمر جاز وأما اشتراطه جوازها فى الخمسة الاوسق أو فيما دونها فلما رواه عن أبى هريرة أن رسول الله صلى الله عليه وسلم أرخص فى بيع العرايا بخرصها فيما دون خمسة أوسق أو فى خمسة أوسق وانما كان عن مالك فى الخمس الاوسق روايتان للشك الواقع فى هذا الحديث من الراوى وأما اشتراطه أن يكون من ذلك الصنف بعينه اذا يبس فلما روى عن زيد بن ثابت أن رسول الله صلى الله عليه وسلم رخص لصاحب العرية أن يبيعها بخرصها تمرا خرجه مسلم وأما الشافعى فعمدته حديث رافع ابن خديج وسهل بن أبى حثمة عن النبى صلى الله عليه وسلم أنه نهى عن المزابنة التمر بالتمر الا أصحاب العرايا فانه أذن لهم فيه وقوله فيها يأكلها أهلها رطبا والعرية عندهم هى اسم لما دون الخمسة الاوسق من التمر وذلك انه لما كان العرف عندهم أن يهب الرجل فى الغالب من نخلاته هذا القدر فما دونه خص هذا القدر الذى جاءت فيه الرخصة باسم الهبة لموافقته فى القدر للهبة وقد احتج لمذهبه بما رواه باسناد منقطع عن محمود بن لبيد أنه قال لرجل من أصحاب رسول الله صلى الله عليه وسلم اما زيد بن ثابت واما غيره ما عرايا كم هذه قال فسمى رجالا محتاجين من الانصار شكوا الى رسول الله صلى الله عليه وسلم ان الرطب يأتى ولا بأيديهم نقد يبتاعون به الرطب فيأكلونه مع الناس وعندهم فضل من قوتهم من التمر فرخص لهم أن يبتاعوا العرايا بخرصها من التمر الذى بأيديهم يأكلونها رطبا وانما لم يجز تأخير نقد التمر لانه بيع الطعام بالطعام نسيئة وأما أحمد فحجته ظاهر الاحاديث المتقدمة انه رخص فى العرايا ولم يخص المعرى من غيره وأما أبو حنيفة فلما لم يجز عنده المزابنة وكانت ان جعلت بيعا نوعا من المزابنة رأى ان

انصرافها الى المعرى ليس هو من باب البيع وانما هو من باب رجوع الواهب فيما وهب باعطاء خرصها تمرا وتسميته اياها بيعا عنده مجاز وقد التفت الى هذا المعنى مالك فى بعض الروايات عنه فلم يجز بيعها بالدراهم ولا بشئ من الاشياء سوى الخرص وان كان المشهور عنه جواز ذلك وقد قيل ان قول أبى حنيفة هذا هو من باب تغليب القياس على الحديث وذلك انه خالف الاحاديث فى مواضع منها انه لم يسمها بيعا وقد نص الشارع على تسميتها بيعا ومنها انه جاء فى الحديث أنه نهى عن المزابنة ورخص فى العرايا وعلى مذهبه لا تكون العرية استثناء من المزابنة لأن المزابنة هى فى البيع والعجب منه انه سهل عليه أن يستثنيها من النهى عن الرجوع فى الهبة التى لم يقع فيها استثناء بنص الشرع وعسر عليه أن يستثنيها مما استثنى منه الشارع وهى المزابنة والله أعلم

﴿ بسم الله الرحمن الرحيم وصلى الله على سيدنا محمد وآله وصحبه وسلم تسليما ﴾

﴿ كتاب الاجارات ﴾

والنظر فى هذا الكتاب شبيه بالنظر فى البيوع أعنى ان أصوله تنحصر بالنظر فى أنواعها وفى شروط الصحة فيها والفساد وفى أحكامها وذلك فى نوع نوع منها أعنى فيما يخص نوعا نوعا منها وفيما يعم أكثر من واحد منها فهذا الكتاب ينقسم أولا الى قسمين القسم الأول فى أنواعها وشروط الصحة والفساد والثانى فى معرفة أحكام الاجارات وهذا كله بعد قيام الدليل على جوازها فلنذكر أولا ما فى ذلك من الخلاف ثم نصير الى ذكر ما فى ذينك القسمين من المسائل المشهورة اذ كان قصدنا انما هو ذكر المسائل التى تجرى من هذه الاشياء مجرى الامهات وهى التى اشتهر فيها الخلاف بين فقهاء الامصار (فنقول) ان الاجارة جائزة عند جميع فقهاء الامصار والصدر الأول وحكى عن الاصم وابن علية منعها ودليل الجمهور قوله تعالى (انى أريد أن أنكحك احدى ابنتى هاتين) الآية وقوله (فان أرضعن لكم فآتوهن أجورهن) ومن السنة الثابتة ما خرجه البخارى عن عائشة قالت استأجر رسول الله صلى الله عليه وسلم وأبو بكر رجلا من بنى الديل هاديا خريتا وهو على دين كفار قريش فدفعا اليه راحلتيهما وواعداه غار ثور بعد ثلاث ليال براحلتيهما وحديث جابر أنه باع من النبى صلى الله عليه وسلم بعيرا وشرط ظهره الى المدينة وما جاز استيفاؤه بالشرط جاز استيفاؤه بالاجر وشبهة من منع ذلك أن المعاوضات انما يستحق فيها تسليم الثمن بتسليم العين كالحال فى الاعيان المحسوسة والمنافع فى الاجارات فى وقت العقد معدومة فكان ذلك غررا ومن بيع ما لم يخلق ونحن نقول انها وان كانت معدومة فى حال العقد فهى مستوفاة فى الغالب والشرع انما لحظ من هذه المنافع ما يستوفى فى الغالب أو يكون استيفاؤه وعدم استيفائه على السواء ﴿ القسم الأول ﴾ وهذا القسم النظر فيه فى جنس الثمن وجنس المنفعة التى يكون الثمن مقابلا له وصفتها فأما الثمن فينبغى أن يكون مما يجوز بيعه وقد تقدم ذلك فى باب البيوع وأما المنفعة فينبغى أن تكون من جنس ما لم ينه الشرع عنه وفى كل هذه مسائل اتفقوا عليها واختلفوا فيها فمما اجتمعوا على ابطال اجارته كل منفعة كانت لشئ محرم العين وكذلك كل منفعة كانت محرمة بالشرع مثل أجر النوائح وأجر المغنيات وكذلك كل منفعة كانت فرض عين على الانسان بالشرع مثل الصلاة وغيرها واتفقوا على اجارة الدور والدواب والناس على الافعال المباحة وكذلك الثياب

والبسط واختلفوا فى اجارة الارضين وفى اجارة المياه وفى اجارة المؤذن وفى الاجارة على تعليم القرآن
وفى اجارة نزو الفحول فأما كراء الارضين فاختلفوا فيها اختلافا كثيرا فقوم لم يجيزوا ذلك بتة
وهم الاقل وبه قال طاوس وأبو بكر بن عبد الرحمن وقال الجمهور بجواز ذلك واختلف هؤلاء فيما يجوز به
كراؤها فقال قوم لا يجوز كراؤها الا بالدراهم والدنانير فقط وهو مذهب ربيعة وسعيد بن المسيب وقال قوم
يجوز كراء الارض بكل شئ ماعدا الطعام وسواء كان ذلك بالطعام الخارج منها أو لم يكن وماعدا ماينبت
فيها كان طعاما أوغيره والى هذا ذهب مالك وأكثر أصحابه وقال آخرون يجوز كراء الأرض بماعدا
الطعام فقط وقال آخرون يجوز كراء الارض بكل العروض والطعام وغير ذلك مالم يكن بجزء مما يخرج
منها من الطعام وممن قال بهذا القول سالم بن عبدالله وغيره من المتقدمين وهو قول الشافعى وظاهر قول
مالك فى الموطأ وقال قوم يجوز كراؤها بكل شئ وبجزء مما يخرج منها وبه قال أحمد والثورى والليث
وأبو يوسف ومحمد صاحبا أبى حنيفة وابن أبى ليلى والاوزاعى وجماعة وعمدة من لم يجز كراءها بحال
مارواه مالك بسنده عن رافع بن خديج أن رسول الله صلى الله عليه وسلم نهى عن كراء المزارع قالوا
وهذا عام وهؤلاء لم يلتفتوا الى ماروى مالك من تخصيص الراوى له حين روى عنه قال حنظلة فسألت
رافع بن خديج عن كرائها بالذهب والورق فقال لا بأس به وروى هذا عن رافع ابن عمر وأخذ بعمومه
وكان ابن عمر قبل يكرى أرضه فترك ذلك وهذا بناء على رأى من يرى أنه لا يخصص العموم بقول الراوى
وروى عن رافع بن خديج عن أبيه قال نهى رسول الله صلى الله عليه وسلم عن اجارة الارضين
قال أبو عمر بن عبد البر واحتجوا أيضا بحديث ضمرة عن ابن شوذب عن مطرف عن عطاء عن جابر
قال خطبنا رسول الله صلى الله عليه وسلم فقال من كانت له أرض فليزرعها أو ليزرعها ولا يؤاجرها
فهذه هى جملة الأحاديث التى تمسك بها من لم يجز كراء الأرض وقالوا أيضا من جهة المعنى انه لم يجز كراؤها
لما فى ذلك من الغرر لأنه ممكن أن يصيب الزرع جائحة من نار أوقحط أوغرق فيكون قد لزمه كراؤها من
غير أن ينتفع من ذلك بشئ قال القاضى ويشبه أن يقال فى هذا ان المعنى فى ذلك قصد الرفق بالناس
لكثرة وجود الارض كما نهى عن بيع الماء ووجه الشبه بينهما انهما أصلا الخلقة وأما عمدة من لم يجز
كراءها الا بالدراهم والدنانير فحديث طارق بن عبد الرحمن عن سعيد بن المسيب عن رافع بن خديج عن
النبى صلى الله عليه وسلم أنه قال انما يزرع ثلاثة رجل له أرض فيزرعها ورجل منح أرضا فهو يزرع مامنح
ورجل اكترى بذهب أو فضة قالوا فلا يجوز أن يتعدى مافى هذا الحديث والاحاديث الاخر مطلقة وهذا
مقيد ومن الواجب حمل المطلق على المقيد وعمدة من أجاز كراءها بكل شئ ماعدا الطعام وسواء كان
الطعام مدخرا أو لم يكن حديث يعلى بن حكيم عن سليمان بن يسار عن رافع بن خديج قال قال رسول الله
صلى الله عليه وسلم من كانت له أرض فليزرعها أو ليزرعها أخاه ولا يكرها بثلث ولا ربع ولا بطعام معين
قالوا وهذا هو معنى المحاقلة التى نهى رسول الله صلى الله عليه وسلم عنها وذكروا حديث سعيد بن المسيب
مرفوعا وفيه والمحاقلة استكراء الارض بالحنطة قالوا وأيضا فانه من باب بيع الطعام بالطعام نسيئة وعمدة
من لم يجز كراءها بالطعام ولا بشئ مما يخرج منها اما بالطعام فحجته حجة من لم يجز كراءها بالطعام وأما حجته
على منع كرائها مما تنبت فهو ماورد من نهيه صلى الله عليه وسلم عن المخابرة قالوا وهى كراء الارض

بما يخرج منها وهذا قول مالك وكل أصحابه وعمدة من أجاز كراءها بجميع العروض والطعام وغير ذلك مما يخرج منها أنه كراء منفعة معلومة بشئ معلوم فجاز قياسا على اجارة سائر المنافع وكأن هؤلاء ضعفوا أحاديث رافع روى عن سالم بن عبد الله وغيره فى حديث رافع أنهم قالوا اكترى رافع قالوا وقد جاء فى بعض الروايات عنه ما يجب أن يحمل عليها سائرها قال كنا أكثر أهل المدينة حقلا قال وكان أحدنا يكرى أرضه ويقول هذه القطعة لى وهذه لك وربما أخرجت هذه ولم تخرج هذه فنهاهم النبى صلى الله عليه وسلم خرجه البخارى وأما من لم يجز كراءها بما يخرج منها فعمدته النظر والاثر أما الاثر فما ورد من النهى عن المخابرة وما ورد من حديث ابن خديج عن ظهير بن نافع قال نهانا رسول الله صلى الله عليه وسلم عن أمر كان بنا رفقا فقلت ما قال رسول الله صلى الله عليه وسلم فهو حق قال دعانى رسول الله صلى الله عليه وسلم فقال ما تصنعون بمحاقلكم قلنا نؤاجر على الربع وعلى الاوسق من التمر والشعير فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم لا تفعلوا ازرعوها أو زارعوها أو امسكوها وهذا الحديث اتفق على تصحيحه الامامان البخارى ومسلم وأما من أجاز كراءها بما يخرج منها فعمدته حديث ابن عمر الثابت أن رسول الله صلى الله عليه وسلم دفع الى يهود خيبر نخل خيبر وأرضها على أن يعملوها من أموالهم على نصف ما تخرجه الارض والثمرة قالوا وهذا الحديث أولى من أحاديث رافع لانها مضطربة المتون وان صحت أحاديث رافع حملناها على الكراهية لا على الحظر بدليل ما خرجه البخارى ومسلم عن ابن عباس أنه قال ان النبى صلى الله عليه وسلم لم ينه عنها ولكن قال ان يمنح أحدكم أخاه يكن خيرا له من أن يأخذ منه شيأ قالوا وقد قدم معاذ بن جبل اليمن حين بعثه رسول الله صلى الله عليه وسلم وهم يخابرون فأقرهم ﴿ وأما اجارة المؤذن ﴾ فان قوما لم يروا فى ذلك بأسا وقوما كرهوا ذلك والذين كرهوا ذلك وحرموه احتجوا بما روى عن عثمان بن أبى العاص قال قال رسول الله صلى الله عليه وسلم اتخذ مؤذنا لا يأخذ على أذانه أجرا والذين أباحوه قاسوه على الافعال غير الواجبة وهذا هو سبب الاختلاف أعنى هل هو واجب أم ليس بواجب * وأما الاستئجار على تعليم القرآن فقد اختلفوا فيه أيضا وكرهه قوم وأجازه آخرون والذين أباحوه قاسوه على سائر الافعال واحتجوا بما روى عن خارجة بن الصامت عن عمه قال أقبلنا من عند رسول الله صلى الله عليه وسلم فأتينا على حى من أحياء العرب فقالوا انكم جئتم من عند هذا الرجل فهل عندكم دواء أو رقية فان عندنا معتوها فى القيود فقلنا لهم نعم فجاؤا به فجعلت أقرأ عليه بفاتحة الكتاب ثلاثة أيام غدوة وعشية أجمع بريقى ثم أتفل عليه فكأنما أنشط من عقال فأعطونى جعلا فقلت لا حتى أسأل رسول الله صلى الله عليه وسلم فسألته فقال كل فلعمرى لمن أكل برقية باطل فلقد أكلت برقية حق وبما روى عن أبى سعيد الخدرى ان أصحاب رسول الله صلى الله عليه وسلم كانوا فى غزاة فمروا بحى من أحياء العرب فقالوا هل عندكم من راق فان سيد الحى قد لدغ أو قد عرض له قال فرقى رجل بفاتحة الكتاب فبرئ فأعطى قطيعا من الغنم فأبى أن يقبلها فسأل عن ذلك رسول الله صلى الله عليه وسلم فقال بم رقيته قال بفاتحة الكتاب قال وما يدريك أنها رقية قال ثم قال رسول الله صلى الله عليه وسلم خذوها واضربوا لى معكم فيها بسهم وأما الذين كرهوا الجعل على تعليم القرآن فقالوا هو من باب الجعل على تعليم الصلاة قالوا ولم يكن الجعل المذكور فى الاجارة على تعليم القرآن وانما كان على الرقى وسواء

كان الرقى بالقرآن أوغيره الاستئجار عليه عندنا جائز كالعلاجات قالوا وليس واجبا على الناس وأما تعليم القرآن فهو واجب على الناس * وأما اجارة الفحول من الابل والبقر والدواب فأجاز مالك أن يكرى الرجل فحله على أن ينزوا كواما معلومة ولم يجز ذلك أبو حنيفة ولا الشافعى وحجة من لم يجز ذلك ماجاء من النهى عن عسيب الفحل ومن أجازه شبهه بسائر المنافع وهذا ضعيف لأنه تغليب القياس على السماع واستئجار الكلب هو أيضا من هذا الباب وهو لا يجوز عند الشافعى ولا عند مالك والشافعى يشترط فى جواز استئجار المنفعة أن تكون متقوّمة على انفرادها فلا يجوز استئجار تفاحة للشم ولا طعام لتزيين الحانوت اذ هذه المنافع ليس لها قيم على انفرادها فهو لا يجوز عند مالك ولا عند الشافعى ومن هذا الباب اختلاف المذهب فى اجارة الدراهم والدنانير وبالجملة كل مالا يعرف بعينه فقال ابن القاسم لا يصح اجارة هذا الجنس وهو قرض وكان أبو بكر الأبهرى وغيره يزعم أن ذلك يصح وتلزم الأجرة فيه وانما منع من منع اجارتها لأنه لم يتصوّر فيها منفعة الا باتلاف عينها ومن أجاز اجارتها تصوّر فيها منفعة مثل أن يتجمل بها أو يتكثر أو غير ذلك مما يمكن أن يتصوّر فى هذا الباب فهذه هى مشهورات مسائل الخلاف المتعلقة بجنس المنفعة * وأما مسائل الخلاف المتعلقة بجنس الثمن فهى مسائل الخلاف المتعلقة بما يجوز أن يكون ثمنا فى المبيعات ومالا يجوز وبما ورد النهى فيه من هذا الباب ماروى أنه صلى الله عليه وسلم نهى عن عسيب الفحل وعن كسب الحجام وعن قفيز الطحان قال الطحاوى ومعنى نهى النبى صلى الله عليه وسلم عن قفيز الطحان هو ما كانوا يفعلونه فى الجاهلية من دفع القمح الى الطحان بجزء من الدقيق الذى يطحنه قالوا وهذا لا يجوز عندنا وهو استئجار من المستأجر بعين ليس عنده ولا هى من الأشياء التى تكون ديونا على الذمم ووافقه الشافعى على هذا وقال أصحابه لو استأجر السلاخ بالجلد والطحان بالنخالة أو بصاع من الدقيق فسد لنهيه صلى الله عليه وسلم عن قفيز الطحان وهذا على مذهب مالك جائز لأنه استأجره على جزء من الطعام معلوم وأجرة الطحان ذلك الجزء وهو معلوم أيضا وأما كسب الحجام فذهب قوم الى تحريمه وخالفهم فى ذلك آخرون فقالوا كسبه ردىء يكره للرجل وقال آخرون بل هو مباح والسبب فى اختلافهم تعارض الآثار فى هذا الباب فمن رأى أنه حرام احتج بما روى عن أبى هريرة قال قال رسول الله صلى الله عليه وسلم من السحت كسب الحجام وبما روى عن أنس بن مالك قال حرم رسول الله صلى الله عليه وسلم كسب الحجام وروى عن عون بن أبى جحيفة قال اشترى أبى حجاما فكسر محاجمه فقلت له يا أبت لم كسرتها فقال ان رسول الله صلى الله عليه وسلم نهى عن ثمن الدم وأما من رأى اباحة ذلك فاحتج بما روى عن ابن عباس قال احتجم رسول الله صلى الله عليه وسلم وأعطى الحجام أجره قالوا ولو كان حراما لم يعطه وحديث جابر أن رسول الله صلى الله عليه وسلم دعا أبا طيبة فحجمه فسأله كم ضريبتك فقال ثلاثة آصع فوضع عنه صاعا وعنه أيضا أنه أمر للحجام بصاع من طعام وأمر مواليه أن يخففوا عنه وأما الذين قالوا بكراهيته فاحتجوا بما روى أن رفاعة بن رافع أو رافع بن رفاعة جاء الى مجلس الانصارى فقال نهى رسول الله صلى الله عليه وسلم عن كسب الحجام وأمرنا أن نطعمه ناضحنا وبما روى عن رجل من بنى حارثة كان له حجام وسأل رسول الله صلى الله عليه وسلم عن ذلك فنهاه ثم عاد فنهاه ثم عاد فنهاه فلم يزل يراجعه حتى قال له رسول الله صلى الله عليه وسلم أعلف كسبه ناضحك وأطعمه رقيقك

﴿ومن هذا الباب أيضا﴾ اختلافهم فى اجارة دار بسكنى دار أخرى فأجاز ذلك مالك ومنعه أبو حنيفة ولعله رآها من باب الدين بالدين وهذا ضعيف فهذه مشهورات مسائلهم فيما يتعلق بجنس الثمن وبجنس المنفعة * وأما ما يتعلق بأوصافها فنذكر أيضا المشهور منها فمن ذلك أن جمهور فقهاء الأمصار مالك وأبو حنيفة والشافعى اتفقوا بالجملة ان من شرط الاجارة أن يكون الثمن معلوما والمنفعة معلومة القدر وذلك اما بغايتها مثل خياطة الثوب وعمل الباب واما بضرب الأجل اذا لم تكن لها غاية مثل خدمة الأجير وذلك اما بالزمان ان كان عملا واستيفاء منفعة متصلة الوجود مثل كراء الدور والحوانيت واما بالمكان ان كان مشيا مثل كراء الرواحل وذهب أهل الظاهر وطائفة من السلف الى جواز اجارات المجهولات مثل أن يعطى الرجل حماره لمن يسقى عليه أو يحتطب عليه بنصف ما يعود عليه وعمدة الجمهور أن الاجارة بيع فامتنع فيها من الجهل لمكان الغبن ما امتنع فى المبيعات واحتج الفريق الثانى بقياس الاجارة على القراض والمساقاة والجمهور على أن القراض والمساقاة مستثنيان بالسنة فلا يقاس عليهما لخروجهما عن الأصول واتفق مالك والشافعى على أنهما اذا ضرب بالمنفعة التى ليس لها غاية أمدا من الزمان محدودا وحددوا أيضا أول ذلك الأمد وكان أوله عقب العقد ان ذلك جائز واختلفوا اذا لم يحددوا أول الزمان أو حددوه ولم يكن عقب العقد فقال مالك يجوز اذا حدد الزمان ولم يحدد أوله مثل أن يقول له استأجرت منك هذه الدار سنة بكذا أو شهرا بكذا ولا يذكر أول ذلك الشهر ولا أول تلك السنة وقال الشافعى لا يجوز ويكون أول الوقت عند مالك وقت عقد الاجارة فمنعه الشافعى لأنه غرر وأجازه مالك لأنه معلوم بالعادة وكذلك لم يجز الشافعى اذا كان أول العقد متراخيا عن العقد وأجازه مالك واختلف قول أصحابه فى استئجار الارض غير المأمونة التغيير فيما بعد من الزمان وكذلك اختلف مالك والشافعى فى مقدار الزمان الذى تقدر به هذه المنافع فمالك يجيز ذلك السنين الكثيرة مثل أن يكرى الدار لعشرة أعوام أو أكثر مما لا تتغير الدار فى مثله وقال الشافعى لا يجوز ذلك لأكثر من عام واحد واختلف قول ابن القاسم وابن الماجشون فى أرض المطر وأرض السقى بالعيون وأرض السقى بالآبار والانهار فأجاز ابن القاسم فيها الكراء السنين الكثيرة وفصل ابن الماجشون فقال لا يجوز الكراء فى أرض المطر الا لعام واحد وأما أرض السقى بالعيون فلا يجوز كراؤها الا الثلاثة أعوام وأربعة وأما أرض الآبار والانهار فلا يجوز الا لعشرة أعوام فقط فالاختلاف ههنا فى ثلاثة مواضع فى تحديد أول المدة وفى طولها وفى بعدها من وقت العقد وكذلك اختلف مالك والشافعى اذا لم يحدد المدة وحدد القدر الذى يجب لاقل المدة مثل أن يقول أكترى منك هذه الدار الشهر بكذا ولا يضرب لذلك أمدا معلوما فقال الشافعى لا يجوز وقال مالك وأصحابه يجوز على قياس أبيعك من هذه الصبرة بحساب القفيز بدرهم وهذا لا يجوز غيره وسبب الخلاف اعتبار الجهل الواقع فى هذه الاشياء هل هو من الغرر المعفو عنه أو المنهى عنه ومن هذا الباب اختلافهم فى البيع والاجارة أجازه مالك ومنعه الشافعى وأبو حنيفة ولم يجز مالك أن يقترن بالبيع الا الاجارة فقط ومن هذا الباب اختلافهم فى اجارة المشاع فقال مالك والشافعى هى جائزة وقال أبو حنيفة لا تجوز لان عنده أن الانتفاع بها مع الاشاعة متعذر وعند مالك والشافعى أن الانتفاع بها ممكن مع شريكه كانتفاع المكرى بها مع شريكه أعنى رب المال ومن هذا الباب استئجار الاجير بطعامه وكسوته وكذلك الظئر فمنع الشافعى ذلك

على الاطلاق وأجاز مالك ذلك على الاطلاق أعنى فى كل أجير وأجاز ذلك أبو حنيفة فى الظئر فقط وسبب الخلاف هل هى اجارة مجهولة أم ليست مجهولة فهذه هى شرائط الاجارة الراجعة الى الثمن والمثمون وأما أنواع الاجارة فان العلماء على أن الاجارة على ضربين اجارة منافع أعيان محسوسة واجارة منافع فى الذمة قياسا على البيع والذى فى الذمة من شرطه الوصف والذى فى العين من شرطه الرؤية أو الصفة عنده كالحال فى المبيعات ومن شرط الصفة عنده ذكر الجنس والنوع وذلك فى الشئ الذى تستوفى منافعه وفى الشئ الذى تستوفى به منافعه فلابد من وصف المركوب مثلا والحمل الذى تستوفى به منفعة المركوب وعند مالك أن الراكب لا يحتاج أن يوصف وعند الشافعى يحتاج الى الوصف وعند ابن القاسم أنه اذا استأجر الراعى على غنم باعيانها ان من شرط صحة العقد اشتراط الخلف وعند غيره تلزم الجملة بغير شرط ومن شرط اجارة الذمة أن يعجل النقد عند مالك ليخرج من الدين بالدين كما أن من شرط اجارة الارض غير المأمونة السقى عنده أن لا يشترط فيها النقد الا بعد الرى واختلفوا فى الكراء هل يدخل فى أنواعه الخيار أم لا فقال مالك يجوز الخيار فى الصنفين من الكراء المضمون والمعين وقال الشافعى لا يجوز فهذه هى المشهورات من المسائل الواقعة فى هذا القسم الاول من هذا الكتاب وهو الذى يشتمل على النظر فى محال هذا العقد وأوصافه وأنواعه وهى الاشياء التى تجرى من هذا العقد مجرى الاركان وبها يوصف العقد اذا كان على الشروط الشرعية بالصحة وبالفساد اذا لم يكن على ذلك وبقى النظر فى الجزء الثانى وهو أحكام هذا العقد

﴿ الجزء الثانى من هذا الكتاب وهو النظر فى أحكام الاجارات ﴾

وأحكام الاجارات كثيرة ولكنها بالجملة تنحصر فى جملتين الجملة الاولى فى موجبات هذا العقد ولوازمه من غير حدوث طارئ عليه الجملة الثانية فى أحكام الطوارئ وهذه الجملة تنقسم فى الاشهر الى معرفة موجبات الضمان وعدمه ومعرفة وجوب الفسخ وعدمه ومعرفة حكم الاختلاف ﴿ الجملة الاولى ﴾

ومن مشهورات هذا الباب متى يلزم المكرى دفع الكراء اذا أطلق العقد ولم يشترط قبض الثمن فعند مالك وأبى حنيفة ان الثمن انما يلزم جزأ جزأ بحسب مايقبض من المنافع الا أن يشترط ذلك أو يكون هنالك مايوجب التقديم مثل أن يكون عوضا معينا أو يكون كراء فى الذمة وقال الشافعى يجب عليه الثمن بنفس العقد فمالك رأى أن الثمن انما يستحق منه بقدر مايقبض من العوض والشافعى كأنه رأى أن تأخره من باب الدين بالدين ومن ذلك اختلافهم فيمن اكترى دابة أو دارا وما أشبه ذلك هل له أن يكرى ذلك بأكثر مما اكتراه فأجازه مالك والشافعى وجماعة قياسا على البيع ومنع ذلك أبو حنيفة وأصحابه وعمدتهم انه من باب ربح مالم يضمن لأن ضمان الاصل هو من ربه أعنى من المكرى وأيضا فانه من باب بيع مالم يقبض وأجاز ذلك بعض العلماء اذا أحدث فيها عملا وممن لم يكره ذلك اذا وقع بهذه الصفة سفيان الثورى والجمهور رأوا أن الاجارة فى هذا شبيه بالبيع ومنها أن يكرى الدار من الذى أكراها منه فقال مالك يجوز وقال أبو حنيفة لا يجوز وكأنه رأى أنه اذا كان التفاضل بينهما فى الكراء فهو من باب أكل المال بالباطل ومنها اذا اكترى أرضا ليزرعها حنطة فأراد أن يزرعها شعيرا أوماضرره مثل ضرر الحنطة أودونه فقال مالك له ذلك وقال داود ليس ذلك له ومنها اختلافهم فى كنس مراحيض الدور

المكتراة فالمشهور عن ابن القاسم انه على أرباب الدور وروى عنه أنه على المكترى وبه قال الشافعى واستثنى ابن القاسم من هذه الفنادق التى تدخلها قوم وتخرج قوم فقال الكنس فى هذه على رب الدار ومنها اختلاف أصحاب مالك فى الانهدام اليسير من الدار هل يلزم رب الدار اصلاحه أم ليس يلزم وينحط عنه من الكراء ذلك القدر فقال ابن القاسم لا يلزمه وقال غيره من أصحابه يلزمه وفروع هذا الباب كثيرة وليس قصدنا التفريع فى هذا الكتاب ﴿ الجملة الثانية وهى النظر فى الأحكام الطوارئ ﴾

* الفصل الأول منه وهو النظر فى الفسوخ * فنقول ان الفقهاء اختلفوا فى عقد الاجارة فذهب الجمهور الى أنه عقد لازم وحكى عن قوم انه عقد جائز تشبيها بالجعل والشركة والذين قالوا انه عقد لازم اختلفوا فيما ينفسخ به فذهب جماعة فقهاء الامصار مالك والشافعى وسفيان الثورى وأبو ثور وغيرهم الى أنه لا ينفسخ الا بما تنفسخ به العقود اللازمة من وجود العيب بها أو ذهاب محل استيفاء المنفعة وقال أبو حنيفة وأصحابه يجوز فسخ عقد الاجارة للعذر الطارئ على المستأجر مثل أن يكرى دكانا يتجر فيه فيحترق متاعه أو يسرق وعمدة الجمهور قوله تعالى (أوفوا بالعقود) لان الكراء عقد على منافع فأشبه النكاح ولانه عقد على معاوضة فلم ينفسخ أصله البيع وعمدة أبى حنيفة انه شبه ذهاب مابه تستوفى المنفعة بذهاب العين التى فيها المنفعة وقد اختلف قول مالك اذا كان الكراء فى غير مخصوص على استيفاء منفعة من جنس مخصوص فقال عبد الوهاب الظاهر من مذهب أصحابنا أن محل استيفاء المنافع لا يتعين فى الاجارة وانه وان عين فذلك كالوصف لا ينفسخ ببيعه أو ذهابه بخلاف العين المستأجرة اذا تلفت قال وذلك مثل أن يستأجر على رعاية غنم باعيانها أو خياطة قميص بعينه فتهلك الغنم ويحترق الثوب فلا ينفسخ العقد وعلى المستأجر أن يأتى بغنم مثلها ليرعاها أو قميص مثله ليخيطه قال وقد قيل انها تتعين بالتعيين فينفسخ العقد بتلف المحل وقال بعض المتأخرين ان ذلك ليس اختلافا فى المذهب وانما ذلك على قسمين أحدهما أن يكون المحل المعين لاستيفاء المنافع مما تقصد عينه أو مما لا تقصد عينه فان كان مما تقصد عينه انفسخت الاجارة كالظئر اذا مات الطفل وان كان مما لا يقصد عينه لم تنفسخ كالاجارة على رعاية الغنم بأعيانها أو بيع طعام فى حانوت وما أشبه ذلك واشتراط ابن القاسم فى المدونة أنه اذا استأجر على غنم بأعيانها فانه لا يجوز الا أن يشترط الخلف هو التفات منه الى أنها تنفسخ بذهاب محل استيفاء المعين لكن لما رأى التلف سائقا الى الفسخ رأى انه من باب الغرر فلم يجز الكراء عليها الا باشتراط الخلف ومن نحو هذا اختلافهم فى هل ينفسخ الكراء بموت أحد المتعاقدين أعنى المكرى أو المكترى فقال مالك والشافعى وأحمد واسحق وأبو ثور لا ينفسخ ويورث عقد الكراء وقال أبو حنيفة والثورى والليث ينفسخ وعمدة من لم يقل بالفسخ انه عقد معاوضة فلم ينفسخ بموت أحد المتعاقدين أصله البيع وعمدة الحنفية ان الموت نقلة لاصل الرقبة المكتراة من ملك الى ملك فوجب أن يبطل أصله البيع فى العين المستأجرة مدة طويلة أعنى انه لا يجوز فلما كان لا يجتمع العقدان معا غلب هما انتقال الملك والا بقى الملك ليس له وارث وذلك خلاف الاجماع وربما شبهوا الاجارة بالنكاح اذ كان كلاهما استيفاء منافع والنكاح يبطل بالموت وهو بعيد وربما احتجوا على المالكية فقط بان الأجرة عندهم تستحق جزأ فجزأ بقدر ما يقبض من المنفعة قالوا واذا كان هذا هكذا فان مات المالك وبقيت الاجارة فان المستأجر يستوفى

فى ملك الوارث حما بموجب عقد فى غير ملك العاقد وذلك لا يصح وان مات المستأجر فتكون الأجرة مستحقة عليه بعدموته والميت لا يثبت عليه دين باجماع بعدموته وأما الشافعية فلا يلزمهم هذا لان استيفاء الاجرة يجب عندهم بنفس العقد على ماسلف من ذلك وعندمالك ان أرض المطر اذا أكريت فمنع القحط من زراعتها أوزرعها فلم ينبت الزرع لمكان القحط ان الكراء ينفسخ وكذلك اذا استعذرت بالمطر حتى انقضى زمن الزراعة فلم يتمكن المكترى من أن يزرعها وسائر الجوائح التى تصيب الزرع لا يحط عنه من الكراء شئ وعنده أن الكراء الذى يتعلق بوقت ما انه ان كان ذلك الوقت مقصودا مثل كراء الرواحل فى أيام الحج فغاب المكرى عن ذلك الوقت انه ينفسخ الكراء وأما ان لم يكن الوقت مقصودا فانه لا ينفسخ هذا كله عنده فى الكراء الذى يكون فى الأعيان فأما الكراء الذى يكون فى الذمة فانه لا ينفسخ عنده بذهاب العين التى قبض المستأجر ليستوفى منها المنفعة اذ كان لم ينعقد الكراء على عين بعينها وانما انعقد على موصوف فى الذمة وفروع هذا الباب كثيرة وأصوله هى هذه التى ذكرناها

﴿ الفصل الثانى وهو النظر فى الضمان ﴾

والضمان عند الفقهاء على وجهين بالتعدى أولمكان المصلحة وحفظ الأموال فأما بالتعدى فيجب على المكرى باتفاق والخلاف انما هو فى نوع التعدى الذى يوجب ذلك أولا يوجبه وفى قدره فمن ذلك اختلاف العلماء فى القضاء فيمن اكترى دابة الى موضع ما فتعدى بها الى موضع زائد على الموضع الذى انعقد عليه الكراء فقال الشافعى وأحمد عليه الكراء الذى التزمه الى المسافة المشترطة ومثل كراء المسافة التى تعدى فيها وقال مالك رب الدابة بالخيار فى أن يأخذ كراء دابته فى المسافة التى تعدى فيها أو يضمن له قيمة الدابة وقال أبو حنيفة لا كراء عليه فى المسافة المتعداة ولا خلاف انها اذا تلفت فى المسافة المتعداة انه ضامن لها فعمدة الشافعى انه تعدى على المنفعة فلزمه أجرة المثل أصله التعدى على سائر المنافع وأما مالك فكأنه لما حبس الدابة عن أسواقها رأى أنه قد تعدى عليها فيها نفسها فشبهه بالغاصب وفيه ضعف وأما مذهب أبى حنيفة فبعيد جدا مما تقتضيه الأصول الشرعية والأقرب الى الأصول فى هذه المسئلة هو قول الشافعى وعندمالك ان عثار الدابة لو كانت عثور تعدّ من صاحب الدابة يضمن بها الحمل وكذلك ان كانت الحبال رثة ومسائل هذا الباب كثيرة وأما الذين اختلفوا فى ضمانهم من غير تعد الامن جهة المصلحة فهم الصناع ولا خلاف عندهم أن الأجير ليس بضامن لما هلك عنده مما استؤجر عليه الا أن يتعدى ماعدا حامل الطعام والطحان فان مالكا ضمنه ماهلك عنده الا أن تقوم له بينة على هلاكه من غير سببه وأما تضمين الصناع ماادعوا هلاكه من المصنوعات المدفوعة اليهم فانهم اختلفوا فى ذلك فقال مالك وابن أبى ليلى وأبو يوسف يضمنون ماهلك عندهم وقال أبو حنيفة لا يضمن من عمل بغير أجر ولا الخاص ويضمن المشترك ومن عمل بأجر وللشافعى قولان فى المشترك والخاص عندهم هو الذى يعمل فى منزل المستأجر وقيل هو الذى لم ينتصب للناس وهو مذهب مالك فى الخاص وهو عنده غير ضامن وتحصيل مذهب مالك على هذا أن الصانع المشترك يضمن وسواء عمل بأجر أو بغير أجر و بتضمين الصناع قال علىّ وعمر وان كان قد اختلف عن علىّ فى ذلك وعمدة من لم ير الضمان عليهم انه شبه الصانع بالمودع عنده والشريك والوكيل وأجير الغنم ومن ضمنه فلا دليل له الا النظر الى المصلحة وسد الذريعة وأما من فرق

بين أن يعملوا بأجر أولا يعملوا بأجر فلان العامل بغير أجر انما قبض المعمول لمنفعة صاحبه فقط فأشبه المودع واذا قبضها بأجر فالمنفعة لكليهما فغلبت منفعة القابض أصله القرض والعارية عند الشافعى وكذلك أيضا من لم ينصب نفسه لم يكن فى تضمينه سد ذريعة والاجير عند مالك كما قلنا لا يضمن الا أنه استحسن تضمين حامل القوت وما يجرى مجراه وكذلك الطحان وما عدا غيرهم فلا يضمن الا بالتعدى وصاحب الحمام لا يضمن عنده هذا هو المشهور عنه وقد قيل يضمن وشذ أشهب فضمن الصناع ما قامت البينة على هلاكه عندهم من غير تعد منهم ولا تفريط وهو شذوذ ولا خلاف ان الصناع لا يضمنون ما لم يقبضوا فى منازلهم واختلف أصحاب مالك اذا قامت البينة على هلاك المصنوع وسقط الضمان عنهم هل تجب لهم الاجرة أم لا اذا كان هلاكه بعد اتمام الصنعة أو بعد تمام بعضها فقال ابن القاسم لا أجرة لهم وقال ابن المواز لهم الاجرة ووجه ما قال ابن المواز ان المصيبة اذا نزلت بالمستأجر فوجب أن لا يمضى عمل الصانع باطلا ووجه ما قال ابن القاسم ان الاجرة انما استوجبت فى مقابلة العمل فاشبه ذلك اذا هلك بتفريط من الاجير وقول ابن المواز أقيس وقول ابن القاسم أكثر نظرا الى المصلحة لانه رأى أن يشتركوا فى المصيبة ومن هذا الباب اختلافهم فى ضمان صاحب السفينة فقال مالك لا ضمان عليه وقال أبو حنيفة عليه الضمان الا من الموج وأصل مذهب مالك ان الصناع يضمنون كل ما أتى على أيديهم من حرق أو كسر فى المصنوع أو قطع اذا عمله فى حانوته وان كان صاحبه قاعدا معه الا فيما كان فيه تغرير من الاعمال مثل ثقب الجوهر ونقش الفصوص وتقويم السيوف واحتراق الخبز عند الفران والطبيب يموت العليل من معالجته وكذلك البيطار الا أن يعلم انه تعدى فيضمن حينئذ وأما الطبيب وما أشبهه اذا أخطأ فى فعله وكان من أهل المعرفة فلا شئ عليه فى النفس والدية على العاقلة فيما فوق الثلث وفى ماله فيما دون الثلث وان لم يكن من أهل المعرفة فعليه الضرب والسجن والدية قيل فى ماله وقيل على العاقلة

﴿ الفصل الثالث ﴾

وهو النظر فى الاختلاف وفى هذا الباب أيضا مسائل فمنها انهم اختلفوا اذا اختلف الصانع ورب المصنوع فى صفة الصنعة فقال أبو حنيفة القول قول رب المصنوع وقال مالك وابن أبى ليلى القول قول الصانع وسبب الخلاف من المدعى منهما على صاحبه ومن المدعى عليه ومنها اذا ادعى الصناع رد ما استصنعوا فيه وأنكر ذلك الدافع فالقول عند مالك قول الدافع وعلى الصناع البينة لأنهم كانوا ضامنين لما فى أيديهم وقال ابن الماجشون القول قول الصناع ان كان ما دفع اليهم دفع بغير بينة وان كان دفع اليهم ببينة فلا يبرؤن الا ببينة واذا اختلف الصانع ورب المتاع فى دفع الأجرة فالمشهور فى المذهب أن القول قول الصانع مع يمينه ان قام بحدثان ذلك وان تطاول فالقول قول رب المصنوع وكذلك اذا اختلف المكرى والمكترى وقيل بل القول قول الصانع وقول المكرى وان طال وهو الأصل واذا اختلف المكرى والمكترى أو الأجير والمستأجر فى مدة الزمان الذى وقع فيه استيفاء المنفعة اذا اتفقا على أن المنفعة لم تستوف فى جميع الزمان المضروب فى ذلك فالمشهور فى المذهب أن القول قول المكترى والمستأجر لأنه الغارم والأصول على أن القول قول الغارم وقال ابن الماجشون القول قول المكرى له والمستأجر اذا كانت العين المستوفاة منها المنافع فى قبضهما مثل الدار وما أشبه ذلك وأما ما لم يكن فى قبضه مثل

الأجير فالقول قول الأجير * ومن مسائل المذهب المشهورة في هذا الباب اختلاف المتكاريين في الدواب وفي الرواحل وذلك أن اختلافهما لا يخلو أن يكون في قدر المسافة أو نوعها أو قدر الكراء أو نوعه فان كان اختلافهما في نوع المسافة أو في نوع الكراء فالتحالف والتفاسخ كاختلاف المتبايعين في نوع الثمن قال ابن القاسم انعقد أو لم ينعقد وقال غيره القول قول رب الدابة اذا انعقد وكان يشبه ما قال وان كان اختلافهما في قدر المسافة فان كان قبل الركوب أو بعد ركوب يسير فالتحالف والتفاسخ وان كان بعد ركوب كثير أو بلوغ المسافة التي يدعيها رب الدابة فالقول قول رب الدابة في المسافة ان انتقد وكان يشبه ما قال وان لم ينتقد وأشبه قوله تحالفا ويفسخ الكراء على أعظم المسافتين فما جعل منه للمسافة التي ادعاها رب الدابة أعطيه وكذلك ان انتقد ولم يشبه قوله وان اختلفا في الثمن واتفقا على المسافة فالقول قول المكترى نقد أو لم ينقد لانه مدعى عليه وان اختلفا في الامرين جميعا في المسافة والثمن مثل أن يقول رب الدابة بقرطبة اكتريت منك الى قرمونة بدينارين ويقول المكترى بل بدينار الى اشبيلية فان كان أيضا قبل الركوب أو بعد ركوب لا ضرر عليهما في الرجوع تحالفا وتفاسخا وان كان بعد سير كثير أو بلوغ المسافة التي يدعيها رب الدابة فان كان لم ينقد المكترى شيأ كان القول قول رب الدابة في المسافة والقول قول المكترى في الثمن ويغرم من الثمن ما يجب له من قرطبة الى قرمونة على أنه لو كان الكراء به الى اشبيلية وذلك انه أشبه قول المكترى وان لم يشبه ما قال وأشبه ما قال رب الدابة غرم دينارين وان كان المكترى نقد الثمن الذي يدعي انه للمسافة الكبرى وأشبه قول رب الدابة كان القول قول رب الدابة في المسافة ويبقى له ذلك الثمن الذي قبضه لا يرجع عليه بشئ منه اذ هو مدعى عليه في بعضه وهو يقول بل هو لى وزيادة فيقبل قوله فيه لانه قبضه ولا يقبل قوله في الزيادة ويسقط عنه ما لم يقرب به من المسافة أشبه ما قال أو لم يشبه الا أنه اذا لم يشبه قسم الكراء الذي أقر به المكترى على المسافة كلها فيأخذ رب الدابة من ذلك ما ناب المسافة التي ادعاها وهذا القدر كاف في هذا الباب

﴿ بسم الله الرحمن الرحيم وصلى الله على سيدنا محمد وآله وصحبه وسلم تسليما ﴾

﴿ كتاب الجعل ﴾

والجعل هو الاجارة على منفعة مظنون حصولها مثل مشارطة الطبيب على البرء والمعلم على الحذاق والناشد على وجود العبد الآبق وقد اختلف العلماء في جوازه فقال مالك يجوز ذلك في اليسير بشرطين أحدهما أن لا يضرب لذلك أجلا والثاني أن يكون الثمن معلوما وقال أبو حنيفة لا يجوز وللشافعي القولان وعمدة من أجازه قوله تعالى (ولمن جاء به حمل بعير وأنا به زعيم) واجماع الجمهور على جوازه في الاباق والسؤال وما جاء في الاثر من أخذ الثمن على الرقية بام القرآن وقد تقدم ذلك وعمدة من منعه الغرر الذي فيه قياسا على سائر الاجارات ولا خلاف في مذهب مالك أن الجعل لا يستحق شئ منه الا بتمام العمل وأنه ليس بعقد لازم واختلف مالك وأصحابه من هذا الباب في كراء السفينة هل هو جعل أو اجارة فقال مالك ليس لصاحبها كراء الا بعد البلوغ وهو قول ابن القاسم ذهابا الى أن حكمها حكم الجعل وقال ابن نافع من أصحابه له قدر ما بلغ من المسافة فأجرى حكمه مجرى الكراء وقال اصبغ ان لجج فهو جعل وان لم يلجج فهو اجارة له بحسب الموضع الذي وصل اليه والنظر في هذا الباب في جوازه ومحله

وشروطه وأحكامه ومحله هو ما كان من الافعال لا ينتفع الجاعل بجزء منه لانه اذا انتفع الجاعل بجزء مما عمل الملتزم للجعل (١) ولم يأت بالمنفعة التى انعقد الجعل عليها وقانا على حكم الجعل أنه اذا لم يأت بالمنفعة التى انعقد الجعل عليها لم يكن له شئ فقد انتفع الجاعل بعمل المجعول من غير أن يعوضه من عمله بأجر وذلك ظلم ولذلك يختلف الفقهاء فى كثير من المسائل هل هو جعل أو اجارة مثل مسئلة السفينة المتقدمة هل هى مما يجوز فيها الجعل أولا يجوز مثل اختلافهم فى المجاعلة على حفر الآبار وقالوا فى المغارسة انها تشبه الجعل من جهة والبيع من جهة وهى عند مالك أن يعطى الرجل أرضه لرجل على أن يغرس فيه عددا من الثمار معلوما فاذا استحق الثمر كان للغارس جزء من الارض متفق عليه

﴿ بسم الله الرحمن الرحيم وصلى الله على سيدنا محمد وعلى آله وصحبه وسلم تسليما ﴾

﴿ كتاب القراض ﴾

ولا خلاف بين المسلمين فى جواز القراض وأنه مما كان فى الجاهلية فاقره الاسلام وأجمعوا على أن صفته أن يعطى الرجل الرجل المال على أن يتجر به على جزء معلوم يأخذه العامل من ربح المال أى جزء كان مما يتفقان عليه ثلثا أو ربعا أو نصفا وأن هذا مستثنى من الاجارة المجهولة وأن الرخصة فى ذلك انما هى لموضع الرفق بالناس وأنه لا ضمان على العامل فيما تلف من رأس المال اذا لم يتعد وان كان اختلفوا فيما هو تعد مما ليس بتعد وكذلك أجمعوا بالجملة على أنه لا يقترن به شرط يزيد فى مجهلة الربح أو فى الغرر الذى فيه وان كان اختلفوا فيما يقتضى ذلك من الشروط مما لا يقتضى وكذلك اتفقوا على أنه يجوز بالدنانير والدراهم واختلفوا فى غير ذلك وبالجملة فالنظر فيه فى صفته وفى محله وفى شروطه وفى أحكامه ونحن نذكر فى باب باب من هذه الثلاثة الابواب مشهورات مسائلهم

﴿ الباب الأول فى محله ﴾

أما صفته فقد تقدمت وأنهم أجمعوا عليها وأما محله فانهم أجمعوا على انه جائز بالدنانير والدراهم واختلفوا فى العروض فجمهور فقهاء الأمصار على أنه لا يجوز القراض بالعروض وجوزه ابن أبى ليلى وحجة الجمهور أن رأس المال اذا كان عروضا كان غررا لأنه يقبض العرض وهو يساوى قيمة ما ويرده وهو يساوى قيمة غيرها فيكون رأس المال والربح مجهولا وأما ان كان رأس المال ما به يباع العروض فان مالكا منعه والشافعى أيضا وأجازه أبو حنيفة وعمدة مالك انه قارضه على ما بيعت به السلعة وعلى بيع السلعة نفسها فكأنه قراض ومنفعة مع أن ما يبيع به السلعة مجهول فكأنه انما قارضه على رأس مال مجهول ويشبه أن يكون أيضا انما منع المقارضة على قيم العروض لمكان ما يتكلف المقارض فى ذلك من البيع وحينئذ ينض رأس مال القراض وكذلك ان أعطاه العرض بالثمن الذى اشتراه به ولكنه أقرب الوجوه الى الجواز ولعل هذا هو الذى جوزه ابن أبى ليلى بل هو الظاهر من قولهم فانهم حكوا عنه أنه يجوز أن يعطى الرجل ثوبا يبيعه فما كان فيه من ربح فهو بينهما وهذا انما هو على أن يجعلا أصل المال الثمن الذى اشترى به الثوب ويشبه أيضا ان جعل رأس المال الثمن أن يتهم المقارض فى تصديقه رب المال بحرصه على أخذ القراض منه واختلف قول مالك فى القراض بالنقد من الذهب والفضة فروى عنه أشهب منع ذلك

---

(١) هكذا بالنسخ ولعله للعمل لان الملتزم للجعل هو المنتفع أو تجعل اللام للعلة تأمل اه مصححه

وروى ابن القاسم جوازه ومنعه فى المصوغ وبالمنع فى ذلك قال الشافعى والكوفى فمن منع القراض بالنقد شبهها بالعروض ومن أجازه شبهها بالدراهم والدنانير لقلة اختلاف أسواقها واختلف أيضا أصحاب مالك فى القراض بالفلوس فمنعه ابن القاسم وأجازه أشهب وبه قال محمد بن الحسن وجمهور العلماء مالك والشافعى وأبو حنيفة على أنه اذا كان لرجل على رجل دين لم يجز أن يعطيه له قراضا قبل أن يقبضه أما العلة عند مالك فمخافة أن يكون أعسر بماله فهو يريد أن يؤخره عنه على أن يزيد فيه فيكون الربا المنهى عنه وأما العلة عند الشافعى وأبى حنيفة فان ما فى الذمة لا يتحول ويعود أمانة واختلفوا فيمن أمر رجلا أن يقبض دينا له على رجل آخر ويعمل فيه على جهة القراض فلم يجز ذلك مالك وأصحابه لأنه رأى أنه ازداد على العامل كلفة وهو ما كلفه من قبضه وهذا على أصله أن من اشترط منفعة زائدة فى القراض انه فاسد وأجاز ذلك الشافعى والكوفى قالوا لانه وكله على القبض لا أنه جعل القبض شرطا فى المصارفة فهذا هو القول فى محله وأما صفته فهى الصفة التى قدمناها

﴿ الباب الثانى فى مسائل الشروط ﴾

جملة ما لا يجوز من الشروط عند الجميع هى ما أدى عندهم الى غرر أو الى مجهلة زائدة ولا خلاف بين العلماء انه اذا اشترط أحدهما لنفسه من الربح شيأ زائدا غير ما انعقد عليه القراض أن ذلك لا يجوز لانه يصير ذلك الذى انعقد عليه القراض مجهولا وهذا هو الأصل عند مالك فى أن لا يكون مع القراض بيع ولا كراء ولا سلف ولا عمل ولا مرفق يشترطه أحدهما لصاحبه مع نفسه فهذه جملة ما اتفقوا عليه وان كانوا قد اختلفوا فى التفصيل فمن ذلك اختلافهم اذا شرط العامل الربح كله له فقال مالك يجوز وقال الشافعى لا يجوز وقال أبو حنيفة هو قرض لا قراض فمالك رأى أنه احسان من رب المال وتطوع اذ كان يجوز له أن يأخذ منه الجزء القليل من المال الكثير والشافعى رأى أنه غرر لانه ان كان خسران فعلى رب المال وبهذا يفارق القرض وان كان ربح فليس لرب المال فيه شئ ومنها اذا شرط رب المال الضمان على العامل فقال مالك لا يجوز القراض وهو فاسد وبه قال الشافعى وقال أبو حنيفة وأصحابه القراض جائز والشرط باطل وعمدة مالك ان اشتراط الضمان زيادة غرر فى القراض ففسد وأما أبو حنيفة فشبهه بالشرط الفاسد فى البيع على رأيه أن البيع جائز والشرط باطل اعتمادا على حديث بريرة المتقدم واختلفوا فى المقارض يشترط رب المال عليه خصوص التصرف مثل ان يشترط عليه تعيين جنس ما من السلع أو تعيين جنس ما من البيع أو تعيين موضع ما للتجارة أو تعيين صنف ما من الناس يتجر معهم فقال مالك والشافعى فى اشتراط جنس من السلع لا يجوز ذلك الا أن يكون ذلك الجنس من السلع لا يختلف وقتا ما من أوقات السنة وقال أبو حنيفة يلزمه ما اشترط عليه وان تصرف فى غير ما اشترط عليه ضمن فمالك والشافعى رأيا ان هذا الاشتراط من باب التضييق على المقارض فيعظم الغرر بذلك وأبو حنيفة استخف الغرر الموجود فى ذلك كما لو اشترط عليه أن لا يشترى جنسا ما من السلع لكان على شرطه فى ذلك باجماع ولا يجوز القراض المؤجل عند الجمهور وأجازه أبو حنيفة الا أن يتفاسخا فمن لم يجزه رأى ان فى ذلك تضييقا على العامل يدخل عليه مزيد غرر لانه ربما بارت عنده سلع فيضطر عند بلوغ الأجل الى بيعها فيلحقه فى ذلك ضرر ومن أجاز الأجل شبه القراض بالاجارة * ومن هذا الباب

اختلافهم في جواز اشتراط رب المال زكاة الربح على العامل في حصته من الربح فقال مالك في الموطأ لايجوز ورواه عنه أشهب وقال ابن القاسم ذلك جائز ورواه عن مالك و بقول مالك قال الشافعي وحجة من لم يجزه انه تعود حصة العامل ورب المال مجهولة لانه لايدري كم يكون المال في حين وجوب الزكاة فيه وتشبيها باشتراط زكاة أصل المال عليه أعني على العامل فانه لايجوز باتفاق وحجة ابن القاسم انه يرجع الى جزء معلوم النسبة وان لم يكن معلوم القدر لان الزكاة معلومة النسبة من المال المزكى فكانه اشترط عليه في الربح الثلث الا ربع العشر أو النصف الا ربع العشر أو الربع الا ربع العشر وذلك جائز وليس مثل اشتراطه زكاة رأس المال لان ذلك معلوم القدر غير معلوم النسبة فكان ممكنا أن يحيط بالربح فيبقى عمل المقارض باطلا وهل يجوز ان يشترط ذلك المقارض على رب المال في المذهب فيه قولان قيل بالفرق بين العامل ورب المال فقيل يجوز ان يشترطه العامل على رب المال ولا يجوز ان يشترطه رب المال على العامل وقيل عكس هذا واختلفوا في اشتراط العامل على رب المال غلاما بعينه على أن يكون للغلام نصيب من المال فأجازه مالك والشافعي وأبو حنيفة وقال أشهب من أصحاب مالك لايجوز ذلك فمن أجاز ذلك شبهه بالرجل يقارض الرجلين ومن لم يجز ذلك رأى انها زيادة ازدادها العامل على رب المال فأما ان اشترط العامل غلامه فقال الثوري لايجوز وللغلام فيما عمل أجرة المثل وذلك أن حظ العامل يكون عنده مجهولا

﴿القول في أحكام القراض﴾

والاحكام منها ماهي أحكام القراض الصحيح ومنها ماهي أحكام القراض الفاسد وأحكام القراض الصحيح منها ماهي من موجبات العقد أعني أنها تابعة لموجب العقد ومختلف فيها هل هي تابعة أو غير تابعة ومنها أحكام طوارئ تطرأ على العقد مما لم يكن موجبه من نفس العقد مثل التعدي والاختلاف وغير ذلك ونحن نذكر من هذه الاوصاف ما اشتهر عند فقهاء الامصار ونبدأ من ذلك بموجبات العقد فنقول انه أجمع العلماء على أن اللزوم ليس من موجبات عقد القراض وأن لكل واحد منهما فسخه مالم يشرع العامل في القراض واختلفوا اذا شرع العامل فقال مالك هو لازم وهو عقد يورث فان مات وكان للمقارض بنون أمناء كانوا في القراض مثل أبيهم وان لم يكونوا أمناء كان لهم أن يأتوا بأمين وقال الشافعي وأبو حنيفة لكل واحد منهم الفسخ اذا شاء وليس هو عقد يورث فمالك ألزمه بعد الشروع في العمل لما فيه من ضرر ورآه من العقود الموروثة والفرقة الثانية شبهت الشروع في العمل بما بعد الشروع في العمل ولا خلاف بينهم أن المقارض انما يأخذ حظه من الربح بعد أن ينض جميع رأس المال وانه ان خسر ثم تجر ثم ربح جبر الخسران من الربح واختلفوا في الرجل يدفع الى رجل مالا قراضا فيهلك بعضه قبل أن يعمل فيه ثم يعمل فيه فيربح فيريد المقارض أن يجعل رأس المال بقية المال بعد الذي هلك هل له ذلك أم لا فقال مالك وجمهور العلماء ان صدقه رب المال أو دفع رجل مالا قراضا الرجل فهلك منه جزء قبل أن يعمل فأخبره بذلك فصدقه ثم قال له يكون الباقي عندك قراضا على الشرط المتقدم لم يجز حتى يفاصله ويقبض منه رأس ماله و ينقطع القراض الاول وقال ابن

حبيب من أصحاب مالك انه يلزمه فى ذلك القول و يكون الباقى قراضا وهذه المسئلة هى من أحكام الطوارئ ولكن ذكرناها هنا لتعلقها بوقت وجوب القسمة وهى من أحكام العقد واختلفوا هل للعامل نفقته من المال المقارض عليه أم لا على ثلاثة أقوال فقال الشافعى فى أشهر أقواله لا نفقة له أصلا الا أن يأذن له رب المال وقال قوم له نفقته و به قال ابراهيم النخعى والحسن وهو أحد ماروى عن الشافعى وقال آخرون له النفقة فى السفر من طعامه وكسوته وليس له شئ فى الحضر و به قال مالك وأبو حنيفة والثورى وجمهور العلماء الا أن مالكا قال اذا كان المال يحمل ذلك وقال الثورى ينفق ذاهبا ولا ينفق راجعا وقال الليث يتغدى فى المصر ولا يتعشى وروى عن الشافعى أن له نفقته فى المرض والمشهور عنه مثل قول الجمهور أن لا نفقة له فى المرض وحجة من لم يجزه ان ذلك زيادة منفعة فى القراض فلم يجز أصله المنافع وحجة من أجازه أن عليه العمل فى الصدر الاول ومن أجازه فى الحضر شبهه بالسفر وأجمع علماء الامصار على أنه لا يجوز للعامل أن يأخذ نصيبه من الربح الا بحضرة رب المال وان حضور رب المال شرط فى قسمة المال وأخذ العامل حصته وانه ليس يكفى فى ذلك أن يقسمه بحضور بينة ولا غيرها

﴿ القول فى أحكام الطوارئ ﴾

واختلفوا اذا أخذ المقارض حصته من غير حضور رب المال ثم ضاع المال أو بعضه فقال مالك ان أذن له رب المال فى ذلك فالعامل مصدق فيما ادعاه من الضياع وقال الشافعى وأبو حنيفة والثورى ما أخذ العامل يرده ويجبر به رأس المال ثم يقتسمان فضلا ان كان هنالك واختلفوا اذا هلك مال القراض بعد ان اشترى العامل به سلعة ما وقبل أن ينقده البائع فقال مالك البيع لازم للعامل ورب المال مخير ان شاء دفع قيمة السلعة مرة ثانية ثم تكون بينهما على ما شرطا من المقارضة وان شاء تبرأ عنها وقال أبو حنيفة بل يلزم ذلك الشراء رب المال شبهه بالوكيل الا أنه قال يكون رأس المال فى ذلك القراض الثمنين ولا يقتسمان الربح الا بعد حصوله عينا أعنى ثمن تلك السلعة التى تلفت أولا والثمن الثانى الذى لزمه بعد ذلك واختلفوا فى بيع العامل من رب المال بعض سلع القراض فكره ذلك مالك وأجازه أبو حنيفة على الاطلاق وأجازه الشافعى بشرط أن يكونا قد تبايعا بما لا يتغابن الناس بمثله ووجه ما كره من ذلك مالك أن يكون يرخص له فى السلعة من أجل ما قارضه فكأن رب المال أخذ من العامل منفعة سوى الربح الذى اشترط عليه ولا اعراف خلافا بين فقهاء الامصار انه ان تكارى العامل على السلع الى بلد فاستغرق الكراء قيم السلع وفضل عليه فضلة انها على العامل لا على رب المال لان رب المال انما دفع ماله اليه ليتجر به فما كان من خسران فى المال فعليه وكذلك ما زاد على المال واستغرقه واختلفوا فى العامل يستدين مالا فيتجر به مع مال القراض فقال مالك ذلك لا يجوز وقال الشافعى وأبو حنيفة ذلك جائز ويكون الربح بينهما على شرطهما وحجة مالك انه كما لا يجوز أن يستدين على المقارضة كذلك لا يجوز أن يأخذ دينا فيها واختلفوا هل للعامل أن يبيع بالدين اذا لم يأمره به رب المال فقال مالك ليس له ذلك فان فعل ضمن و به قال الشافعى وقال أبو حنيفة له ذلك والجميع متفقون على أن العامل انما يجب له أن يتصرف فى عقد القراض ما يتصرف فيه الناس غالبا فى أكثر الاحوال فمن رأى أن التصرف بالدين خارج عما يتصرف فيه الناس فى الاغلب لم يجزه ومن رأى انه مما يتصرف فيه الناس أجازه واختلف

مالك والشافعى وأبو حنيفة والليث فى العامل يخلط ماله بمال القراض من غير اذن رب المال فقال هؤلاء كلهم ماعدا مالكا هو تعد ويضمن وقال مالك ليس بتعد ولم يختلف هؤلاء المشاهير من فقهاء الامصار أنه ان دفع العامل رأس مال القراض الى مقارض آخر انه ضامن ان كان خسران وان كان ربح فذلك على شرطه ثم يكون للذى عمل شرطه على الذى دفع اليه فيوفيه حظه مما بقى من المال وقال المزنى عن الشافعى ليس له الا أجرة مثله لانه عمل على فساد

﴿ القول فى حكم القراض الفاسد ﴾

واتفقوا على أن حكم القراض الفاسد فسخه ورد المال الى صاحبه مالم يفت بالعمل واختلفوا اذا فات بالعمل مايكون للعامل فيه فى واجب عمله على أقوال أحدهما أنه يرد جميعه الى قراض مثله وهى رواية ابن الماجشون عن مالك وهو قوله وقول أشهب والثانى أنه يرد جميعه الى اجارة مثله وبه قال الشافعى وأبو حنيفة وعبد العزيز بن أبى سلمة من أصحاب مالك وحكى عبد الوهاب انها رواية عن مالك والثالث أنه يرد الى قراض مثله مالم يكن أكثر مما سماه وانما له الاقل مما سمى أو من قراض مثله ان كان رب المال هو مشترط الشرط على المقارض أو الاكثر من قراض مثله أو من الجزء الذى سمى له ان كان المقارض هو مشترط الشرط الذى يقتضى الزيادة التى من قبلها فسد القراض وهذا القول يتخرج رواية عن مالك والرابع أنه يرد الى قراض مثله فى كل منفعة اشترطها أحد المتقارضين على صاحبه فى المال مما ليس ينفرد أحدهما بها عن صاحبه والى اجارة مثله فى كل منفعة اشترطها أحد المتقارضين خالصة لمشترطها مما ليست فى المال وفى كل قراض فاسد من قبل الغرر والجهل وهو قول مطرف وابن نافع وابن عبد الحكم وأصبغ واختاره ابن حبيب وأما ابن القاسم فاختلف قوله فى القراضات الفاسدة فبعضها وهو الاكثر قال ان فيها أجرة المثل وفى بعضها قال فيها قراض المثل فاختلف الناس فى تأويل قوله فنهم من حمل اختلاف قوله فيها على الفرق الذى ذهب اليه ابن عبد الحكم ومطرف وهو اختيار ابن حبيب واختيار جدى رحمة الله عليه ومنهم من لم يعلل قوله وقال ان مذهبه ان كل قراض فاسد ففيه أجرة المثل الا الاثلاث التى نص فيها قراض المثل وهى سبعة القراض بالعروض والقراض بالضمان والقراض الى أجل والقراض المبهم واذا قال له اعمل على أن لك فى المال شركا واذا اختلف المتقارضان وأتيا بما لا يشبه حلفا على دعواهما واذا دفع اليه المال على ان لايشترى به الا بالدين فاشترى بالنقد أو على أن لايشترى الا ساعة كذا وكذا والسلعة غير موجودة فاشترى غير ما أمر به وهذه المسائل يجب أن ترد الى علة واحدة والا فهو اختلاف من قول ابن القاسم وحكى عبد الوهاب عن ابن القاسم انه فصل فقال ان كان الفساد من جهة العقد رد الى قراض المثل وان كان من جهة زيادة ازدادها أحدهما على الآخر رد الى أجرة المثل والاشبه ان يكون الامر فى هذا بالعكس والفرق بين الاجرة وقراض المثل ان الاجرة تتعلق بذمة رب المال سواء كان فى المال ربح أو لم يكن وقراض المثل هو على سنة القراض ان كان فيه ربح كان للعامل منه والا فلا شئ له

﴿ القول فى اختلاف المتقارضين ﴾

واختلف الفقهاء اذا اختلف العامل ورب المال فى تسمية الجزء الذى تقارضا عليه فقال مالك القول

قول العامل لانه عنده مؤتمن وكذلك الامر عنده في جميع دعاويه اذا أتى بما يشبه وقال الليث يحمل على قراض مثله وبه قال مالك اذا أتى بما لا يشبه وقال أبو حنيفة وأصحابه القول قول رب المال وبه قال الثورى وقال الشافعى يتحالفان ويتفاسخان ويكون له أجرة مثله وسبب اختلاف مالك وأبي حنيفة اختلافهم في سبب ورود النص بوجوب اليمين على المدعى عليه هل ذلك لانه مدعى عليه أو لانه في الاغلب أقوى شبهة فمن قال لانه مدعى عليه قال القول قول رب المال ومن قال لانه أقواهما شبهة في الاغلب قال القول قول العامل لانه عنده مؤتمن وأما الشافعى فقاس اختلافهما على اختلاف المتبايعين في ثمن السلعة وهذا كاف في هذا الباب

﴿ بسم الله الرحمن الرحيم وصلى الله على سيدنا محمد وآله وصحبه وسلم تسليما ﴾

﴿ كتاب المساقاة ﴾ ﴿ القول في المساقاة ﴾

اما أولا ففي جوازها والثاني في معرفة الفساد والصحة فيها والثالث في أحكامها

﴿ القول في جواز المساقاة ﴾

فاما جوازها فعليه جمهور العلماء مالك والشافعى والثورى وأبو يوسف ومحمد بن الحسن صاحبا أبي حنيفة وأحمد وداود وهي عندهم مستثناة بالسنة من بيع مالم يخلق ومن الاجارة المجهولة وقال أبو حنيفة لا تجوز المساقاة أصلا وعمدة الجمهور في اجازتها حديث ابن عمر الثابت أن رسول الله صلى الله عليه وسلم دفع الى يهود خيبر نخل خيبر وأرضها على أن يعملوها من أموالهم ولرسول الله صلى الله عليه وسلم شطر ثمرها خرجه البخارى ومسلم وفي بعض رواياته أنه صلى الله عليه وسلم ساقاهم على نصف ماتخرجه الارض والثمرة وما رواه مالك أيضا من مرسل سعيد بن المسيب أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال ليهود خيبر يوم افتتح خيبر أقركم على ما أقركم الله على ان التمر بيننا وبينكم قال وكان رسول الله صلى الله عليه وسلم يبعث عبدالله بن رواحة فيخرص بينه وبينهم ثم يقول ان شئتم فلكم وان شئتم فلى وكذلك مرسله أيضا عن سليمان بن يسار في معناه وأما أبو حنيفة ومن قال بقوله فعمدتهم مخالفة هذا الاثر للاصول مع انه حكم مع اليهود واليهود يحتمل ان يكون أقرهم على انهم عبيد ويحتمل ان يكون أقرهم على انهم ذمة الا انا اذا أنزلنا انهم ذمة كان مخالفا للاصول لانه بيع مالم يخلق وأيضا فانه من المزابنة وهو بيع التمر بالثمر متفاضلا لان القسمة بالخرص بيع بالخرص واستدلوا على مخالفته للاصول بما روى في حديث عبدالله بن رواحة انه كان يقول لهم عند الخرص ان شئتم فلكم وتضمنون نصيب المسلمين وان شئتم فلى وأضمن نصيبكم وهذا حرام باجماع وربما قالوا ان النهى الوارد عن المخابرة هو ما كان من هذا الفعل بخيبر والجمهور يرون ان المخابرة هي كراء الارض ببعض مايخرج منها قالوا ومما يدل على نسخ هذا الحديث أو أنه خاص باليهود ماورد من حديث رافع وغيره من النهى عن كراء الارض بما يخرج منها لان المساقاة تقتضى جواز ذلك وهو خاص أيضا في بعض روايات أحاديث المساقاة ولهذا المعنى لم يقل بهذه الزيادة مالك ولا الشافعى أعنى بما جاء من أنه صلى الله عليه وسلم ساقاهم على نصف ماتخرجه الارض والثمرة وهي زيادة صحيحة وقال بها أهل الظاهر

﴿ القول في صحة المساقاة ﴾

والنظر فى الصحة راجع الى النظر فى أركانها وفى وقتها وفى شروطها المشترطة فى أركانها وأركانها أربعة المحل المخصوص بها والجزء الذى تنعقد عليه وصفة العمل الذى تنعقد عليه والمدة التى تجوز فيها وتنعقد عليها ﴿الركن الاول فى محل المساقاة﴾ واختلفوا فى محل المساقاة فقال داود لا تكون المساقاة الا فى النخل فقط وقال الشافعى فى النخل والكرم فقط وقال مالك تجوز فى كل أصل ثابت كالرمان والتين والزيتون وما أشبه ذلك من غير ضرورة وتكون فى الاصول غير الثابتة كالمقاثى والبطيخ مع عجز صاحبها عنها وكذلك الزرع ولا تجوز فى شئ من البقول عند الجميع الا ابن دينار فانه أجازها فيه اذا نبتت قبل ان تستغل فعمدة من قصره على النخل أنها رخصة فوجب أن لا يتعدى بها محلها الذى جاءت فيه السنة وأما مالك فرأى أنها رخصة ينقدح فيها سبب عام فوجب تعدية ذلك الى الغير وقد يقاس على الرخص عند قوم اذا فهم هنالك أسباب أعم من الاشياء التى علقت الرخص بالنص بها وقوم منعوا القياس على الرخص وأما داود فهو يمنع القياس على الجملة فالمساقاة على أصوله مطردة وأما الشافعى فانما أجازها فى الكرم من قبل ان الحكم فى المساقاة هو بالخرص وقد جاء فى حديث عتاب بن أسيد الحكم بالخرص فى النخل والكرم وان كان ذلك فى الزكاة فكأنه قاس المساقاة فى ذلك على الزكاة والحديث الذى ورد عن عتاب بن أسيد هو أن رسول الله صلى الله عليه وسلم بعثه وأمره ان يخرص العنب وتؤدى زكاته زبيبا كما تؤدى زكاة النخل تمرا ودفع داود حديث عتاب بن أسيد لانه مرسل ولانه انفرد به عبد الرحمن بن اسحق وليس بالقوى واختلفوا اذا كان مع النخل أرض بيضاء أو مع الثمار هل يجوز ان تساقى الارض مع النخل بجزء من النخل أو بجزء من النخل وبجزء مما يخرج من الارض فذهب الى جواز ذلك طائفة وبه قال صاحبا أبى حنيفة والليث وأحمد والثورى وابن أبى ليلى وجماعة وقال الشافعى وأهل الظاهر لا تجوز المساقاة الا فى الثمر فقط وأما مالك فقال اذا كانت الارض تبعا للثمر وكان الثمر أكثر ذلك فلا بأس بدخولها فى المساقاة اشترط جزأ خارجا منها أو لم يشترطه وحد ذلك الجزء بان يكون الثلث فما دونه أعنى ان يكون مقدار كراء الارض الثلث من الثمر فما دونه ولم يجز ان يشترط رب الارض ان يزرع البياض لنفسه لانها زيادة ازدادها عليه وقال الشافعى ذلك جائز (٧) وحجة من أجاز المساقاة عليهما جميعا أعنى على الارض بجزء مما يخرج منها حديث ابن عمر المتقدم وحجة من لم يجز ذلك ما روى من النهى عن كراء الارض بما يخرج منها فى حديث رافع بن خديج وقد تقدم ذلك وقال أحمد ابن حنبل أحاديث رافع مضطربة الالفاظ وحديث ابن عمر أصح وأما تحديد مالك ذلك بالثلث فضعيف وهو استحسان مبنى على غير الاصول لان الاصول تقتضى انه لا يفرق بين الجائز من غير الجائز بالقليل والكثير من الجنس الواحد ومنها اختلافهم فى المساقاة فى البقل فأجازها مالك والشافعى وأصحابه ومحمد ابن الحسن وقال الليث لا تجوز المساقاة فى البقل وانما أجازها الجمهور لان العامل وان كان ليس عليه فيها سقى فيبقى عليه أعمال أخر مثل الابار وغير ذلك وأما الليث فيرى ان السقى بالماء هو الفعل الذى تنعقد عليه المساقاة ولمكانه وردت الرخصة فيها ﴿الركن الثانى﴾ وأما الركن الذى هو العمل فان العلماء

---

(٧) هكذا بالنسخ ولعله متناقض فى النقل عن الشافعى فانه نقل عنه أولا انه لا يجوز الا فى الثمرة وهنا انه يجوز المساقاة فى الارض معا فلعل له قولين تأمل اهـ مصححه

بالجملة أجمعوا على أن الذى يجب على العامل هو السقى والابار واختلفوا فى الجذاذ على من هو وفى سد الحظار وتنقية العين والسانية أما مالك فقال فى الموطأ السنة فى المساقاة التى تجوز لرب الحائط ان يشترطه سد الحظار وخم العين وشرب الشراب وابار النخل وقطع الجريد وجذ الثمر هـذا وأشباهه هو على العامل وهذا الكلام يحتمل أن يفهم منه دخول هذه فى المساقاة بالشرط و يمكن أن يفهم منه دخولها فيها بنفس العقد وقال الشافعى ليس عليه سـد الحظار لانه ليس من جنس مايؤثر فى زيادة الثمرة مثل الابار والسقى وقال محمد بن الحسن ليس عليه تنقية السوانى والانهار وأما الجذاذ فقال مالك والشافعى هو على العامل لأن مالكا قال ان اشترطه العامل على رب المال جاز وقال الشافعى لايجوز شرطه وتنفسخ المساقاة ان وقع وقال محمـد بن الحسن الجذاذ بينهما نصفين وقال المحصلون من أصحاب مالك ان العمل فى الحائط على وجهين عمل ليس له تأثير فى اصـلاح الثمر وعمـل له تأثير فى اصلاحها والذى له تأثير فى اصلاحها منه ماي تأبد و يبقى بعد الثمر ومنه مالا يبقى بعد الثمر فأما الذى له ليس له تأثير فى اصلاح الثمر فلا يدخل فى المساقاة لا بنفس العقد ولا بالشرط الا الشئ اليسير منه وأما ماله تأثير فى اصلاح الثمر و يبقى بعد الثمر فيدخل عنده بالشرط فى المساقاة لا بنفس العقد مثل انشاء حفر بئر أو انشاء ظفيرة للماء أو انشاء غرس أو انشاء بيت يجنى فيه الثمر وأما ماله تأثير فى اصـلاح الثمر ولا يتأبد فهو لازم بنفس العقد وذلك مثل الحفر والسقى وزبر الـكرم وتقليم الشجر والتذكير والجذاذ وماأشبه ذلك وأجمعوا على ان ما كان فى الحائط من الدواب والعبيد أنه ليس من حق العامل واختلفوا فى شرط العامل ذلك على المساقى فقال مالك يجوز ذلك فيما كان منها فى الحائط قبـل المساقاة وأما ان اشـترط فيها مالم يكن فى الحائط فلا يجوز وقال الشافعى لا بأس بذلك وان لم يكـن فى الحائط و به قال ابن نافع من أصحاب مالك وقال محمد بن الحسن لايجوز أن يشترطه العامل على رب المـال ولو اشترطه رب المـال على العامل جاز ذلك ووجه كراهيته ذلك مايلحق فى ذلك من الجهل بنصيب رب المـال ومن أجازه رأى أن ذلك تافه و يسـير ولتردد الحـكم بين هـذين الاصلين استحسن مالك ذلك فى الرقيق الذى يكون فى الحائط فى وقت المساقاة ومنعه فى غيرهم لان اشتراط المنفعة فى ذلك أظهر وانما فرق محمد بن الحسن لان اشتراطهما على العامل هو من جنس ماوجب عليه من المساقاة وهو العمل بيده واتفق القائلون بالمساقاة على انه ان كانت النفقة كلها على رب الحائط وليس على العامل الا مايعمل بيده ان ذلك لايجوز لانها اجارة بما لم يخلق فهذه هى صفات هـذا الركن والشروط الجائزة فيه من غير الجائزة ﴿ الركن الثالث ﴾ وأجمعوا على أن المساقاة تجوز بكل مااتفقا عليه من أجزاء الثمر فأجاز مالك أن تـكون الثمرة كلها للعامل كما فعـل فى القراض وقد قيـل ان ذلك منحة لا مساقاة وقيل لايجوز واتفقوا على أنه لايجوز فيها اشتراط منفعة زائدة مثل أن يشترط أحدهما على صاحبه زيادة دراهم أو دنانير ولا شيأ من الاشياء الخارجة عن المساقاة الا الشئ اليسير عند مالك مثل سـد الحظار واصلاح الظفيرة وهى مجمع الماء ولا يجوز عند مالك ان يساقى على حائطين أحدهما على جزء والآخر على جزء آخر واحتج بفعله عليه السـلام فى خيبر وذلك انه ساقى على حوائط مختلفة بجزء واحد وفيه خلاف وأكثر العلماء على أن القسمة بين العامل والمساقى فى الثمر لا تـكون الا بالـكيل وكذلك فى الشركة وانها لاتجوز بالخرص وأجاز قوم قسمتها بالخرص واختلف فى ذلك أصحاب مالك واختلفت الرواية عنه فقيل يجوز

وقيل لايجوز من الثمار فى الربوية ويجوز فى غيرذلك* وقيل يجوز باطلاق اذا اختلفت حاجة الشريكين وحجة الجهور أن ذلك يدخله الفساد من جهة المزابنة ويدخله بيع الرطب بالتمر وبيع الطعام بالطعام نسيئة وحجة من أجاز قسمتها بالخرص تشبيهها بالعرية وبالخرص فى الزكاة وفيه ضعف وأقوى مااعتمدوا عليه فى ذلك ماجاء من الخرص فى مساقاة خيبر من مرسل سعيد بن المسيب وعطاء بن يسار

﴿ الركن الرابع ﴾ وأما اشتراط الوقت فى المساقاة فهو صنفان وقت هو مشترط فى جواز المساقاة ووقت هو شرط فى صحة العقد وهو المحدد لمدتها فأما الوقت المشترط فى جواز عقدها فانهم اتفقوا على أنها تجوز قبل بدو الصلاح واختلفوا فى جواز ذلك بعد بدو الصلاح فذهب الجهور من القائلين بالمساقاة على أنه لايجوز بعد الصلاح وقال سحنون من أصحاب مالك لابأس بذلك واختلف قول الشافعى فى ذلك فمرة قال لايجوز ومرة قال يجوز وقد قيل عنه انها لاتجوز اذا خلق الثمر وعمدة الجهور أن مساقاة مابدا اصلاحه من الثمر ليس فيه عمل ولاضرورة داعية الى المساقاة اذ كان يجوز بيعه فى ذلك الوقت قالوا وانما هى اجارة ان وقعت وحجة من أجازها أنه اذا اجازت قبل أن يخلق الثمر فهى بعد بدو الصلاح أجوز ومن هنا لم تجز عندهم مساقاة البقول لانه يجوز بيعها أعنى عند الجهور وأما الوقت الذى هو شرط فى مدة المساقاة فان الجهور على أنه لايجوز أن يكون مجهولا أعنى مدة غير مؤقتة وأجاز طائفة أن يكون الى مدة غير مؤقتة منهم أهل الظاهر وعمدة الجهور مايدخل فى ذلك من الغرر قياسا على الاجارة وعمدة أهل الظاهر ماوقع فى مرسل مالك من قوله صلى الله عليه وسلم أقركم ما أقركم الله وكره مالك المساقاة فيما طال من السنين وانقضاء السنين فيها هو بالجذ لا بالاهلة وأما اللفظ شرط فى هذا العقد فاختلفوا فى ذلك فذهب ابن القاسم الى أن من شرط صحتها أن لاتنعقد الا بلفظ المساقاة وأنه ليس تنعقد بلفظ الاجارة وبه قال الشافعى وقال غيرهم تنعقد بلفظ الاجارة وهو قياس قول سحنون

﴿ القول فى أحكام الصحة ﴾

والمساقاة عند مالك من العقود اللازمة باللفظ لا بالعمل بخلاف القراض عنده الذى ينعقد بالعمل لا باللفظ وهو عند مالك عقد موروث ولورثة المساقى أن يأتوا بأمين يعمل ان لم يكونوا أمناء وعليه العمل ان أبى الورثة من تركته وقال الشافعى اذا لم يكن له تركة سلم الى الورثة رب المال أجرة ماعمل وفسد العقد وان كانت له تركة لزمته المساقاة وقال الشافعى تنفسخ المساقاة بالعجز ولم يفصل وقال مالك اذا عجز وقد حل بيع الثمر لم يكن له أن يساقى غيره ووجب عليه أن يستأجر من يعمل وان لم يكن له شئ استؤجر من حظه من الثمر واذا كان العامل لصا أو ظالما لم ينفسخ العقد بذلك عند مالك وحكى عن الشافعى أنه قال يلزمه أن يقيم غيره للعمل وقال الشافعى اذا هرب العامل قبل تمام العمل استأجر القاضى عليه من يعمل عمله ويجوز عند مالك أن يشترط كل واحد منهما على صاحبه الزكاة بخلاف القراض ونصابهما عنده نصاب الرجل الواحد بخلاف قوله فى الشركاء واذا اختلف رب المال والعامل فى مقدار ماوقعت عليه المساقاة من الثمر فقال مالك القول قول العامل مع يمينه اذا أتى بما يشبه وقال الشافعى يتحالفان ويتفاسخان وتكون للعامل الاجرة شبهه بالبيع وأوجب مالك اليمين فى حق العامل لأنه مؤتمن ومن أصله أن اليمين تجب على أقوى المتداعيين شبهة وفروع هذا الباب كثيرة لكن التى اشتهر الخلاف فيها بين الفقهاء

هي هذه التي ذكرناها

﴿ أحكام المساقاة الفاسدة ﴾

واتفقوا على أن المساقاة اذا وقعت على غير الوجه الذي جوزها الشرع أنها تنفسخ مالم تفت بالعمل واختلفوا اذا فاتت بالعمل ماذا يجب فيها فقيل انها ترد الى اجارة المثل في كل نوع من أنواع الفساد وهو قياس قول الشافعي وقياس احدى الروايتين عن مالك وقيل انها ترد الى مساقاة المثل باطلاق وهو قول ابن الماجشون وروايته عن مالك وأما ابن القاسم فقال في بعضها ترد الى مساقاة مثلها وفي بعضها الى اجارة المثل واختلف التأويل عنه في ذلك فقيل في مذهبه انها ترد الى اجارة المثل الا في أربع مسائل فانها ترد الى مساقاة مثلها احداها المساقاة في حائط فيه ثمر قد أطعم والثانية اذا اشترط المساقي على رب المال أن يعمل معه والثالثة المساقاة مع البيع في صفقة واحدة والرابعة اذا ساقاه في حائط سنة على الثلث وسنة على النصف وقيل ان الاصل عنده في ذلك أن المساقاة اذا لحقها الفساد من قبل ما دخلها من الاجارة الفاسدة أو من بيع الثمر من قبل أن يبدو صلاحه وذلك مما يشترطه أحدهما على صاحبه من زيادة ردفيها الى أجرة المثل مثل أن يساقيه على أن يزيد أحدهما صاحبه دنانير أو دراهم وذلك أن هذه الزيادة ان كانت من رب الحائط كانت اجارة فاسدة وان كانت من العامل كانت بيع الثمر قبل أن يخلق وأما فساده من قبل الغرر مثل المساقاة على حوائط مختلفة فيرد الى مساقاة المثل وهذا كله استحسان جار على غير قياس وفي المسئلة قول رابع وهو أنه يرد الى مساقاة مثله مالم يكن أكثر من الجزء الذي شرط عليه ان كان الشرط للمساقي أو أقل ان كان الشرط للمساقي وهذا كاف بحسب غرضنا

﴿ بسم الله الرحمن الرحيم وصلى الله على سيدنا محمد وآله وصحبه وسلم تسليما ﴾

﴿ كتاب الشركة ﴾

والنظر في الشركة في أنواعها وفي أركانها الموجبة للصحة في الاحكام ونحن نذكر من هذه الابواب ما اتفقوا عليه وما اشتهر الخلاف فيه بينهم على ما قصدناه في هذا الكتاب والشركة بالجملة عند فقهاء الامصار على أربعة أنواع شركة العنان وشركة الابدان وشركة المفاوضة وشركة الوجوه واحدة منها متفق عليها وهي شركة العنان وان كان بعضهم لم يعرف هذا اللفظ وان كانوا اختلفوا في بعض شروطها على ما سيأتي بعد والثلاثة مختلف فيها ومختلف في بعض شروطها عند من اتفق منهم عليها

﴿ القول في شركة العنان ﴾

وأركان هذه الشركة ثلاثة الأول محلها من الاموال والثاني في معرفة قدر الربح من قدر المال المشترك فيه والثالث في معرفة قدر العمل من الشريكين من قدر المال ﴿ الركن الأول ﴾ فأما محل الشركة فمنه ما اتفقوا عليه ومنه ما اختلفوا فيه فاتفق المسلمون على أن الشركة تجوز في الصنف الواحد من العين أعني الدنانير والدراهم وان كانت في الحقيقة بيعا لا تقع فيه مناجزة ومن شرط البيع في الذهب وفي الدراهم المناجزة لكن الاجماع خصص هذا المعنى في الشركة وكذلك اتفقوا فيما أعلم على الشركة بالعرضين يكونان بصفة واحدة واختلفوا في الشركة بالعرضين المختلفين و بالعيون المختلفة مثل الشركة بالدنانير من أحدهما والدراهم من الآخر و بالطعام الربوي اذا كان صنفا واحدا فههنا ثلاث مسائل

﴿ المسئلة الاولى ﴾ فأما اذا اشتركا في صنفين من العروض أو في عروض ودراهم أو دنانير فأجاز ذلك

ابن القاسم وهو مذهب مالك وقد قيل عنه انه كره ذلك وسبب الكراهية اجتماع الشركة فيها والبيع وذلك أن يكون العرضان مختلفين كان كل واحد منهما باع جزأ من عرضه بجزء من العرض الآخر ومالك يعتبر فى العروض اذا وقعت فيها الشركة القيم والشافعى يقول لا تنعقد الشركة الا على أثمان العروض وحكى أبو حامد أن ظاهر مذهب الشافعى يشير الى أن الشركة مثل القراض لا تجوز الا بالدراهم والدنانير قال والقياس أن الاشاعة فيها تقوم مقام الخلط ﴿ المسئلة الثانية ﴾ وأما ان كان الصنفان مما لا يجوز فيهما النساء مثل الشركة بالدنانير من عند أحدهما والدراهم من عند الآخر أو بالطعامين المختلفين فاختلف فى ذلك قول مالك فأجازه مرة ومنعه مرة وذلك لما يدخل الشركة بالدراهم من عند أحدهما والدنانير من عند الآخر من الشركة والصرف معا وعدم التناجز ولما يدخل الطعامين المختلفين من الشركة وعدم التناجز و بالمنع قال ابن القاسم ومن لم يعتبر هذه العلل أجازها ﴿ المسئلة الثالثة ﴾ وأما الشركة بالطعام من صنف واحد فأجازها ابن القاسم قياسا على اجماعهم على جوازها فى الصنف الواحد من الذهب أو الفضة ومنعها مالك فى أحد قوليه وهو المشهور لعدم المناجزة الذى يدخل فيه اذ رأى أن الاصل هو أن لا يقاس على موضع الرخصة بالاجماع وقد قيل ان وجه كراهية مالك لذلك أن الشركة تفتقر الى الاستواء فى القيمة والبيع يفتقر الى الاستواء فى الكيل فافتقرت الشركة بالطعامين من صنف واحد الى استواء القيمة والكيل وذلك لا يكاد يوجد فكره مالك ذلك فهذا هو اختلافهم فى جنس محل الشركة واختلفوا هل من شرط مال الشركة ان يختلط أو لا يختلط فقال مالك ان من شرط مالى الشركة ان يختلطا اما حسا واما حكما مثل أن يكونا فى صندوق واحد وأيديهما مطلقة عليهما وقال الشافعى لا تصح الشركة حتى يخلطا ماليهما خلطا لا يميز به مال أحدهما من مال الآخر وقال أبو حنيفة تصح الشركة وان كان مال كل واحد منهما بيده فأبو حنيفة اكتفى فى انعقاد الشركة بالقول ومالك اشترط الى ذلك اشتراك التصرف فى المال والشافعى اشترط الى هذين الاختلاط والفقه ان بالاختلاط يكون عمل الشريكين أفضل وأتم لأن النصح يوجد منه لشريكه كما يوجد لنفسه فهذا هو القول فى هذا الركن وفى شروطه

﴿فأما الركن الثانى﴾ وهو وجه اقتسامهما الربح فانهم اتفقوا على أنه اذا كان الربح تابعا لرؤس الاموال أعنى ان كان أصل مالى الشركة متساويين كان الربح بينهما بنصفين واختلفوا هل يجوز ان يختلف رؤس أموالهما ويستويان فى الربح فقال مالك والشافعى ذلك لا يجوز وقال أهل العراق يجوز ذلك وعمدة من منع ذلك تشبيه الربح بالخسران فكما أنه لو اشترط أحدهما جزأ من الخسران لم يجز كذلك اذا اشترط جزأ من الربح خارجا عن ماله وربما شبهوا الربح بمنفعة العقار الذى بين الشريكين أعنى أن المنفعة بينهما تكون على نسبة أصل الشركة وعمدة أهل العراق تشبيه الشركة بالقراض وذلك انه لما جاز فى القراض أن يكون للعامل من الربح ما اصطلحا عليه والعامل ليس يجعل مقابله الا عملا فقط كان فى الشركة أحرى ان يجعل للعمل جزء من المال اذ كانت الشركة مالا من كل واحد منهما وعملا فيكون ذلك الجزء من الربح مقابلا لفضل عمله على عمل صاحبه فان الناس يتفاوتون فى العمل كما يتفاوتون فى غير ذلك

﴿وأما الركن الثالث﴾ الذى هو العمل فانه تابع كما قلنا عند مالك للمال فلا يعتبر بنفسه وهو عند أبى حنيفة يعتبر مع المال وأظن أن من العلماء من لا يجيز الشركة الا أن يكون مالاهما متساويين التفاتا

الى العمل فانهم يرون أن العمل فى الغالب مستو فاذالم يكن المال بينهما على التساوى كان هنالك غبن على أحدهما فى العمل ولهذا قال ابن المنذر أجمع العلماء على جواز الشركة التى يخرج فيها كل واحد من الشريكين مالا مثل مال صاحبه من نوعه أعنى دراهم أودنانير ثم يخلطانهما حتى يصيرا مالا واحدا لايتميز على أن يبيعاو يشتر يا مارأيا من أنواع التجارة وعلى ان ما كان من فضل فهو بينهما بنصفين وما كان من خسارة فهو كذلك وذلك اذا باع كل واحد منهما بحضرة صاحبه واشتراطه هذا الشرط يدل على أن فيه خلافا والمشهور عند الجمهور انه ليس من شرط الشركاء ان يبيع كل واحد منهما بحضرة صاحبه

﴿ القول فى شركة المفاوضة ﴾

واختلفوا فى شركة المفاوضة فاتفق مالك وأبو حنيفة بالجملة على جوازها وان كان اختلفوا فى بعض شروطها وقال الشافعى لاتجوز ومعنى شركة المفاوضة ان يفوض كل واحد من الشريكين الى صاحبه التصرف فى ماله مع غيبته وحضوره وذلك واقع عندهم فى جميع أنواع المتملكات وعمدة الشافعى ان اسم الشركة انما ينطلق على اختلاط الاموال فان الارباح فروع ولايجوز ان تكون الفروع مشتركة الا باشتراك أصولها وأما اذا اشترط كل واحد منهما ربحا لصاحبه فى ملك نفسه فذلك من الغرر وممالايجوز وهذه صفة شركة المفاوضة وأما مالك فيرى أن كل واحد منهما قد باع جزأ من ماله بجزء من مال شريكه ثم وكل كل واحد منهما صاحبه على النظر فى الجزء الذى بقى فى يده والشافعى يرى أن الشركة ليست هى بيعا ووكالة وأما أبو حنيفة فهو ههنا على أصله فى انه لايراعى فى شركة العنان الا النقد فقط وأما مايختلف فيه مالك وأبو حنيفة من شروط هذه الشركة فان أباحنيفة يرى ان من شرط المفاوضة التساوى فى رؤس الاموال وقال مالك ليس من شرطها ذلك تشبيها بشركة العنان وقال أبو حنيفة لا يكون لأحدهما شئ الا ان يدخل فى الشركة وعمدتهم أن اسم المفاوضة يقتضى هذين الأمرين أعنى تساوى المالين وتعميم ملكهما

﴿ القول فى شركة الابدان ﴾

وشركة الابدان بالجملة عند أبى حنيفة والمالكية جائزة ومنع منها الشافعى وعمدة الشافعية أن الشركة انما تختص بالاموال لابالاعمال لأن ذلك لاينضبط فهو غرر عندهم اذ كان عمل كل واحد منهما مجهولا عند صاحبه وعمدة المالكية اشتراك الغانمين فى الغنيمة وهم انما استحقوا ذلك بالعمل وماروى من أن ابن مسعود شارك سعدا يوم بدر فأصاب سعد فرسين ولم يصب ابن مسعود شيأ فلم ينكر النبى صلى الله عليه وسلم عليهما وأيضا فان المضاربة انما تنعقد على العمل فجاز أن تنعقد عليه الشركة وللشافعى ان المفاوضة خارجة عن الاصول فلايقاس عليها وكذلك يشبه أن يكون حكم الغنيمة خارجا عن الشركة ومن شرطها عند مالك اتفاق الصنعتين والمكان وقال أبو حنيفة تجوز مع اختلاف الصنعتين فيشترك عنده الدباغ والقصار ولايشتركان عند مالك وعمدة مالك زيادة الغرر الذى يكون عند اختلاف الصنعتين أو اختلاف المكان وعمدة أبى حنيفة جواز الشركة على العمل

﴿ القول فى شركة الوجوه ﴾

وشركة الوجوه عند مالك والشافعى باطلة وقال أبو حنيفة هى جائزة وهذه الشركة هى الشركة على الذمم من غير صنعة ولامال وعمدة مالك والشافعى ان الشركة انما تتعلق على المال أو على العمل وكلاهما

معدومان فى هذه المسئلة مع مافى ذلك من الغرر لأن كل واحد منهما عاوض صاحبه بكسب غير محدود بصناعة ولا عمل مخصوص وأبو حنيفة يعتمد انه عمل من الاعمال فجاز أن تنعقد عليه الشركة

﴿ القول فى أحكام الشركة الصحيحة ﴾

وهى من العقود الجائزة لا من العقود اللازمة أى لاحد الشريكين ان ينفصل من الشركة متى شاء وهى عقد غير موروث ونفقتهما وكسوتهما من مال الشركة اذا تقارب افى العيال ولم يخرجا عن نفقة مثلهما ويجوز لاحد الشريكين ان يبضع وان يقارض وان يودع اذا دعت الى ذلك ضرورة ولا يجوز له أن يهب شيأ من مال الشركة ولا ان يتصرف فيه الا تصرفا يرى أنه نظر لهما وأما من قصر فى شئ أو تعدى فهو ضامن مثل أن يدفع مالا من التجارة فلا يشهد وينكره القابض فانه يضمن لأنه قصر اذلم يشهد وله أن يقبل الشئ المعيب فى الشراء واقرار أحد الشريكين فى مال لمن يتهم عليه لا يجوز وتجوز اقالته وتوليته ولا يضمن أحد الشريكين ماذهب من مال التجارة باتفاق ولا يجوز للشريك المفاوض ان يقارض غيره الا باذن شريكه ويتنزل كل واحد منهما منزلة صاحبه فيماله وفيما عليه فى مال التجارة وفروع هذا الباب كثيرة

﴿ بسم الله الرحمن الرحيم وصلى الله على سيدنا محمد وعلى آله وصحبه وسلم ﴾

﴿ كتاب الشفعة ﴾

والنظر فى الشفعة أولا فى قسمين القسم الأول فى تصحيح هذا الحكم وفى أركانه القسم الثانى فى أحكامه ﴿ القسم الأول ﴾ فأما وجوب الحكم بالشفعة فالمسلمون متفقون عليه لما ورد فى ذلك من الاحاديث الثابتة الا ما يتأول على من لا يرى بيع الشقص المشاع وأركانها أربعة الشافع والمشفوع عليه والمشفوع فيه وصفة الأخذ بالشفعة ﴿ الركن الأول ﴾ وهو الشافع ذهب مالك والشافعى وأهل المدينة الى أن لا شفعة الا للشريك مالم يقاسم وقال أهل العراق الشفعة مرتبة فأولى الناس بالشفعة الشريك الذى لم يقاسم ثم الشريك المقاسم اذا بقيت فى الطرق أو فى الصحن شركة ثم الجار الملاصق وقال أهل المدينة لا شفعة للجار ولا للشريك المقاسم وعمدة أهل المدينة مرسل مالك عن ابن شهاب عن أبى سلمة بن عبد الرحمن وسعيد بن المسيب أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قضى بالشفعة فيما لم يقسم بين الشركاء فاذا وقعت الحدود بينهم فلا شفعة وحديث جابر أيضا أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قضى بالشفعة فيما لم يقسم فاذا وقعت الحدود فلا شفعة خرجه مسلم والترمذى وأبو داود وكان أحمد بن حنبل يقول حديث معمر عن الزهرى عن أبى سلمة بن عبد الرحمن أصح ماروى فى الشفعة وكان ابن معين يقول مرسل مالك أحب الى اذ كان مالك انما رواه عن ابن شهاب موقوفا وقد جعل قوم هذا الاختلاف على ابن شهاب فى اسناده توهينا له وقد روى عن مالك فى غير الموطأ عن ابن شهاب عن أبى هريرة ووجه استدلالهم من هذا الأثر ماذكر فيه من أنه اذا وقعت الحدود فلا شفعة وذلك أنه اذا كانت الشفعة غير واجبة للشريك المقاسم فهى أحرى أن لا تكون واجبة للجار وأيضا فان الشريك المقاسم هو جار اذا قاسم وعمدة أهل العراق حديث أبى رافع عن النبى صلى الله عليه وسلم أنه قال الجار أحق بصقبه وهو حديث متفق عليه وخرج الترمذى وأبو داود عنه عليه السلام أنه قال جار الدار أحق بدار الجار وصححه الترمذى ومن طريق المعنى لهم أيضا انه لما كانت الشفعة

انما المقصود منها دفع الضرر الداخل من الشركة وكان هـذا المعنى موجودا فى الجار وجب أن يلحق به ولأهل المدينة أن يقولوا وجود الضرر فى الشركة أعظم منه فى الجوار وبالجملة فعمدة المالكية ان الاصول تقتضى أن لا يخرج ملك أحـد من يده الا برضاه وأن من اشـترى شيأ فلا يخرج من يده الا برضاه حتى يدل الدليل على التخصيص وقد تعارضت الآثار فى هذا الباب فوجب أن يرجح ماشهدت له الاصول ولكلا القولين سلف متقدم لاهل العراق من التابعين ولاهل المدينة من الصحابة ﴿ الركن الثانى ﴾ وهو المشفوع فيه اتفق المسلمون على أن الشفعة واجبـة فى الدور والعقار والارضين كلها واختلفوا فيما سوى ذلك فتحصيل مذهب مالك انها فى ثلاثة أنواع أحدها مقصود وهو العقار من الدور والحوانيت والبساتين والثانى ما يتعلق بالعقار مما هو ثابت لا ينقل ولا يحول وذلك كالبئر ومحال النخل مادام الاصل فيها على صفة تجب فيها الشفعة عنه وهو أن يكون الاصل الذى هو الارض مشاعا بينه و بين شريكه غير مقسوم والثالث ما تعلق بهذه كالثمار وفيها عنه خلاف وكذلك كراء الارض للزرع وكتابة المكاتب واختلف عنه فى الشفعة فى الحمام والرحا وأما ما عـدا هـذا من العروض والحيوان فلا شفعة فيها عنده وكذلك لا شفعة عنـده فى الطريق ولا فى عرصة الدار واختلف عنـه فى اكرية الدور وفى المساقاة وفى الدين هل يكون الذى عليه الدين أحق به وكذلك الذى عليه الكتابة و به قال عمر بن عبد العزيز وروى أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قضى بالشفعة فى الدين و به قال أشهب من أصحاب مالك وقال ابن القاسم لا شفعة فى الدين ولم يختلفا فى ايجابها فى الكتابة لحرمة العتق وفقهاء الامصار على أن لا شفعة الا فى العقار فقط وحكى عن قوم ان الشفعة فى كل شئ ماعدا المكيل والموزون ولم يجز أبو حنيفة الشفعة فى البئر والفحل وأجازها فى العرصة والطريق ووافق الشافعى مالكا فى العرصة وفى الطريق وفى البئر وخالفاه جميعا فى الثمار وعمدة الجمهور فى قصر الشفعة على العقار ماورد فى الحديث الثابت من قوله عليه السلام الشفعة فيما لم يقسم فاذا وقعت الحدود وصرفت الطرق فلا شفعة فكانه قال الشفعة فيما تمكن فيه القسمة مادام لم يقسم وهـذا استدلال بدليل الخطاب وقد أجمع عليه فى هـذا الموضع فقهاء الامصار مع اختلافهم فى صحة الاستدلال به وأما عمدة من أجازها فى كل شئ فما خرجه الترمذى عن ابن عباس أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال الشريك شفيع والشفعة فى كل شئ ولان معنى ضرر الشركة والجوار موجود فى كل شئ وان كان فى العقار أظهر ولما لحظ هذا مالك أجرى ما يتبع العقار مجرى العقار واستدل أبو حنيفة على منع الشفعة فى البئر بما روى لا شفعة فى بئر ومالك حمل هذا الأثر على آبار الصحارى التى تعمل فى الأرض الموات لا التى تـكون فى أرض متملكة ﴿ الركن الثالث ﴾ وأما المشفوع عليه فانهم اتفقوا على أنه من انتقل اليه الملك بشراء من شريك غير مقاسم أو من جار عند من يرى الشفعة للجار واختلفوا فيمن انتقل اليه الملك بغير شراء فالمشهور عن مالك ان الشفعة انما تجب اذا كان انتقال الملك بعوض كالبيع والصلح والمهر وارش الجنايات وغير ذلك و به قال الشافعى وعنه رواية ثانية انها تجب بكل ملك انتقل بعوض أو بغير عوض كالهبة لغير الثواب والصدقة ماعدا الميراث فانه لا شفعة عند الجميع فيـه باتفاق وأما الحنفية فالشفعة عنـدهم فى المبيع فقط وعمدة الحنفية ظاهر الاحاديث وذلك ان مفهومها يقتضى انها فى المبيعات بل ذلك نص فيها لأن فى بعضها فلا يبيع حتى يستأذن شريكه

وأما المالكية فرأت ان كل ما انتقل بعوض فهو فى معنى البيع ووجه الرواية الثانية أنها اعتبرت الضرر فقط وأما الهبة للثواب فلا شفعة فيها عند أبى حنيفة ولا الشافعى أما أبو حنيفة فلان الشفعة عنده فى المبيع فقط وأما الشافعى فلان هبة الثواب عنده باطلة وأما مالك فلا خلاف عنده وعند أصحابه فى أن الشفعة فيها واجبة واتفق العلماء على أن المبيع الذى بالخيار انه اذا كان الخيار فيه للبائع ان الشفعة لا تجب حتى يجب البيع واختلفوا اذا كان الخيار للمشترى فقال الشافعى والكوفيون الشفعة واجبة عليه لأن البائع قد صرم الشقص عن ملكه وأبانه منه وقيل ان الشفعة غير واجبة عليه لأنه غير ضامن وبه قال جماعة من أصحاب مالك واختلف فى الشفعة فى المساقاة وهى تبديل أرض بأرض فعن مالك فى ذلك ثلاث روايات الجواز والمنع والثالث أن تكون المناقلة بين الاشراك أو الاجانب فلم يرها فى الاشراك ورآها فى الاجانب ﴿ الركن الرابع فى الاخذ بالشفعة ﴾ والنظر فى هذا الركن بماذا يأخذ الشفيع وكم يأخذ ومتى يأخذ فاما بماذا يأخذ فانهم اتفقوا على أنه يأخذ فى البيع بالثمن ان كان حالا واختلفوا اذا كان البيع الى أجل هل يأخذه الشفيع بالثمن الى ذلك الاجل أو يأخذ المبيع بالثمن حالا أو هو مخير فقال مالك يأخذه بذلك الاجل اذا كان مليا أو يأتى بضامن ملىء وقال الشافعى الشفيع مخير فان عجل تعجلت الشفعة والا تتأخر الى وقت الاجل وهو نحو قول الكوفيين وقال الثورى لا يأخذها الا بالنقد لأنها قد دخلت فى ضمان الأول قال ومنا من يقول تبقى فى يد الذى باعها فاذا بلغ الاجل أخذها الشفيع والذين رأوا الشفعة فى سائر المعاوضات مما ليس ببيع فالمعلوم عنهم أنه يأخذ الشفعة بقيمة الشقص ان كان العوض مما ليس يتقدر مثل ان يكون معطى فى خلع واما ان يكون معطى فى شئ يتقدر ولم يكن دنانير ولا دراهم ولا بالجملة مكيلا ولا موزونا فانه يأخذه بقيمة ذلك الشئ الذى دفع الشقص فيه وان كان ذلك الشئ محدود القدر بالشرع أخذ ذلك الشقص بذلك القدر مثل أن يدفع الشقص فى موضحة وجبت عليه أو منقلة فانه يأخذه بدية الموضحة أو المنقلة وأما كم يأخذ فان الشفيع لا يخلو أن يكون واحدا أو أكثر والمشفوع عليه أيضا لا يخلو أن يكون واحدا أو أكثر فأما ان كان الشفيع واحدا والمشفوع عليه واحدا فلا خلاف فى ان الواجب على الشفيع أن يأخذ الكل أو يدع وأما اذا كان المشفوع عليه واحدا والشفعاء أكثر من واحد فانهم اختلفوا من ذلك فى موضعين أحدهما فى كيفية قسمة المشفوع فيه بينهم والثانى اذا اختلفت أسباب شركتهم هل يحجب بعضهم بعضا عن الشفعة أم لا مثل أن يكون بعضهم شركاء فى المال الذى ورثوه لأنهم أهل سهم واحد وبعضهم لأنهم عصبة ﴿ فأما المسئلة الاولى ﴾ وهى كيفية توزيع المشفوع فيه فان مالكا والشافعى وجمهور أهل المدينة يقولون ان المشفوع فيه يقتسمونه بينهم على قدر حصصهم فمن كان نصيبه من أصل المال الثلث مثلا أخذ من الشقص بثلث الثمن ومن كان نصيبه الربع أخذ الربع وقال الكوفيون هى على عدد الرؤس على السواء وسواء فى ذلك الشريك ذو الحظ الأكبر وذو الحظ الأصغر وعمدة المدنيين أن الشفعة حق يستفاد وجوبه بالملك المتقدم فوجب ان يتوزع على مقدار الأصل أصله الأكرية فى المستأجرات المشتركة والربح فى شركة الاموال وأيضا فان الشفعة انما هى لازالة الضرر والضرر داخل على كل واحد منهم على غير استواء لأنه انما يدخل على كل واحد منهم بحسب حصته فوجب ان يكون استحقاقهم لدفعه على تلك النسبة

وعمدة الحنفية ان وجوب الشفعة انما يلزم بنفس الملك فيستوى فى ذلك أهل الحظوظ المختلفة لاستوائهم فى نفس الملك ور بما شبهوا ذلك بالشركاء فى العبد يعتق بعضهم نصيبه أنه يقوم على المعتقين على السوية أعنى حظ من لم يعتق ﴿وأما المسئلة الثانية﴾ فان الفقهاء اختلفوا فى دخول الاشراك الذين هم عصبة فى الشفعة مع الاشراك الذين شركتهم من قبل السهم فقال مالك أهل السهم الواحد أحق بالشفعة اذا باع أحدهم من الاشراك معهم فى المال من قبل التعصيب وانه لا يدخل ذوو العصبة فى الشفعة على أهل السهام المقدرة و يدخل ذوو السهام على ذوى التعصيب مثل ان يموت ميت فيترك عقارا ترثه عنه بنتان وابناعم ثم تبيع البنت الواحدة حظها فان البنت الثانية عندمالك هى التى تشفع فى ذلك الحظ الذى باعته اختها فقط دون ابنى العم وان باع أحد ابنى العم نصيبه يشفع فيه البنات وابن العم الثانى وبهذا القول قال ابن القاسم وقال أهل الكوفة لا يدخل ذو والسهام على العصبات ولا العصبات على ذوى الاسهام و يتشافع أهل السهم الواحد فيما بينهم خاصة و به قال أشهب وقال الشافعى فى أحد قوليه يدخل ذوو السهام على العصبات والعصبات على ذوى السهام وهو الذى اختاره المزنى و به قال المغيرة من أصحاب مالك وعمدة منهب الشافعى عموم قضائه صلى الله عليه وسلم بالشفعة بين الشركاء ولم يفصل ذوى سهم من عصبة ومن خصص ذوى السهام من العصبات فلانه رأى ان الشركة مختلفة الاسباب أعنى بين ذوى السهام و بين العصبات فشبه الشركات المختلفة الاسباب بالشركات المختلفة من قبل محالها الذى هو المال بالقسمة بالاموال ومن أدخل ذوى السهام على العصبة ولم يدخل العصبة على ذوى السهام فهو استحسان على غير قياس ووجه الاستحسان انه رأى ان ذوى السهام أقعد من العصبة وأما اذا كان المشفوع عليهما اثنين فأكثر فأراد الشفيع ان يشفع على أحدهما دون الثانى فقال ابن القاسم اما ان يأخذ الكل أو يدع وقال أبو حنيفة وأصحابه والشافعى له ان يشفع على أيهما أحب و به قال أشهب فاما اذا باع رجلان شقصا من رجل فأراد الشفيع أن يشفع على أحدهما دون الثانى فان أبا حنيفة منع ذلك وجوزه الشافعى وأما اذا كان الشافعون أكثر من واحد أعنى الاشراك فأراد بعضهم ان يشفع وسلم له الباقى فى البيوع فالجمهور على ان للمشترى أن يقول للشريك اما أن تشفع فى الجميع أو تترك وانه ليس له أن يشفع بحسب حظه الا أن يوافقه المشترى على ذلك وانه ليس له أن يبعض الشفعة على المشترى ان لم يرض بتبعيضها وقال أصبغ من أصحاب مالك ان كان ترك بعضهم الأخذ بالشفعة رفقا للمشترى لم يكن للشفيع الا أن يأخذ حصته فقط ولا خلاف فى منهب مالك انه اذا كان بعض الشفعاء غائبا و بعضهم حاضرا فأراد الحاضر أن يأخذ حصته فقط انه ليس له ذلك الا أن يأخذ الكل أو يدع فاذا قدم الغائب فان شاء أخذ وان شاء ترك واتفقوا على أن من شرط الاخذ بالشفعة أن تكون الشركة متقدمة على البيع واختلفوا اهل من شرطها أن تكون موجودة فى حال البيع وأن تكون ثابتة قبل البيع * فأما المسئلة الاولى وهى اذا لم يكن شريكا فى حال البيع وذلك يتصور بأن يكون يتراخى عن الاخذ بالشفعة بسبب من الاسباب التى لا يقطع له الاخذ بالشفعة حتى يبيع الحظ الذى كان به شريكا فروى أشهب ان قول مالك اختلف فى ذلك فمرة قال له الاخذ بالشفعة ومرة قال ليس له ذلك واختار أشهب أنه لا شفعة له وهو قياس قول الشافعى والكوفيين لان المقصود بالشفعة انما هو ازالة الضرر من جهة الشركة وهذا ليس بشريك وقال ابن القاسم له الشفعة اذا كان

قيامه فى أثره لانه يرى أن الحق الذى وجب له لم يرتفع ببيعه حظه * وأما المسئلة الثانية فصورتها أن يستحق انسان شقصا فى أرض قد بيع منها قبل وقت الاستحقاق شقص ما هل له أن يأخذ بالشفعة أم لا فقال قوم له ذلك لانه وجبت له الشفعة بتقدم شركته قبل البيع ولا فرق فى ذلك كانت يده عليه أو لم تكن وقال قوم لا تجب له الشفعة لانه انما ثبت له مال الشركة يوم الاستحقاق قالوا ألا ترى أنه لا يأخذ الغلة من المشترى فأما مالك فقال ان طال الزمان فلا شفعة وان لم يطل ففيه الشفعة وهو استحسان وأما متى يأخذ وهو له الشفعة فان الذى له الشفعة رجلان حاضر أو غائب فأما الغائب فأجمع العلماء على أن الغائب على شفعته مالم يعلم ببيع شريكه واختلفوا اذا علم وهو غائب فقال قوم تسقط شفعته وقال قوم لا تسقط وهو مذهب مالك والحجة له ماروى عن النبى صلى الله عليه وسلم من حديث جابر أنه قال الجار أحق بصقبه أو قال بشفعته ينتظر بها اذا كان غائبا وأيضا فان الغائب فى الأكثر معوّق عن الاخذ بالشفعة فوجب عذره وعمدة الفريق الثانى ان سكوته مع العلم قرينة تدل على رضاه باسقاطها وأما الحاضر فان الفقهاء اختلفوا فى وقت وجوب الشفعة له فقال الشافعى وأبو حنيفة هى واجبة له على الفور بشرط العلم وامكان الطلب فان علم وأمكن الطلب ولم يطلب بطلت شفعته الا أن أبا حنيفة قال ان أشهد بالاخذ لم تبطل وان تراخى وأما مالك فليست عنده على الفور بل وقت وجوبها متسع واختلف قوله فى هذا الوقت هل هو محدود أم لا فمرة قال هو غير محدود وأنها لا تنقطع أبدا الا أن يحدث المبتاع بناء أو تغييرا كثيرا بمعرفته وهو حاضر عالم ساكت ومرة حدد هذا الوقت فروى عنه السنة وهو الاشهر وقيل أكثر من سنة وقد قيل عنه ان الخمسة الاعوام لا تنقطع فيها الشفعة واحتج الشافعى بماروى أنه عليه الصلاة والسلام قال الشفعة كحل العقال وقد روى عن الشافعى ان أمدها ثلاثة أيام وأما من لم يسقط الشفعة بالسكوت واعتمد على أن السكوت لا يبطل حق امرئ مسلم مالم يظهر من قرائن أحواله مايدل على اسقاطه وكان هذا أشبه بأصول الشافعى لأن عنده أنه ليس يجب أن ينسب الى ساكت قول قائل وان اقترنت به أحوال تدل على رضاه ولكنه فيما أحسب اعتمد الأثر فهذا هو القول فى أركان الشفعة وشروطها المصححة لها وبقى القول فى الأحكام ﴿ القسم الثانى ﴾

﴿ القول فى أحكام الشفعة ﴾

وهذه الأحكام كثيرة ولكن نذكر منها ما اشتهر فيه الخلاف بين فقهاء الأمصار فمن ذلك اختلافهم فى ميراث حق الشفعة فذهب الكوفيون الى أنه لا يورث كما أنه لا يباع وذهب مالك والشافعى وأهل الحجاز الى انها موروثة قياسا على الاموال وقد تقدم سبب الخلاف فى هذه المسائل فى مسئلة الرد بالعيب ومنها اختلافهم فى عهدة الشفيع هل هى على المشترى أو على البائع فقال مالك والشافعى هى على المشترى وقال ابن أبى ليلى هى على البائع وعمدة مالك ان الشفعة انما وجبت للشريك بعد حصول ملك المشترى وصحته فوجب ان تكون عليه العهدة وعمدة الفريق الآخر أن الشفعة انما وجبت للشريك بنفس البيع فطروها على البيع فسخ له وعقد لها وأجمعوا على ان الاقالة لا تبطل الشفعة من رأى أنها بيع ومن رأى أنها فسخ أعنى الاقالة واختلف أصحاب مالك على من عهدة الشفيع فى الاقالة فقال ابن القاسم على المشترى وقال أشهب هو مخير ومنها اختلافهم اذا أحدث المشترى بناء

أوغرسا أومايشبهه فى الشقص قبل قيام الشفيع ثم قام الشفيع بطلب شفعته فقال مالك لاشفعة الاان يعطى المشترى قيمة مابنى وماغرس وقال الشافعى وأبو حنيفة هو متعد وللشفيع ان يعطيه قيمة بنائه مقلوعا أويأخذه بنقضه والسبب فى اختلافهم تردد تصرف المشفوع عليه العالم بوجوب الشفعة عليه بين شبهة تصرف الغاصب وتصرف المشترى الذى بطرأ عليه الاستحقاق وقد بنى فى الأرض وغرس وذلك انه وسط بينهما فمن غلب عليه شبه الاستحقاق لم يكن له ان يأخذ القيمة ومن غلب عليه سبه التعدى قال له ان يأخذه بنقضه أو يعطيه قيمته منقوضا ومنها اختلافهم اذا اختلف المشترى والشفيع فى مبلغ الثمن فقال المشترى اشتريت الشقص بكذا وقال الشفيع بل اشتريته بأقل ولم يكن لواحد منهما بينة فقال جمهور الفقهاء القول قول المشترى لأن الشفيع مدع والمشفوع عليه مدعى عليه وخالف فى ذلك بعض التابعين فقالوا القول قول الشفيع لأن المشترى قد أقر له بوجوب الشفعة وادعى عليه مقدارا من الثمن لم يعترف له به وأما أصحاب مالك فاختلفوا فى هذه المسئلة فقال ابن القاسم القول قول المشترى اذا أتى بمايشبه باليمين فان أتى بمالايشبه فالقول قول الشفيع وقال أشهب اذا أتى بمايشبه فالقول قول المشترى بلا يمين وفيمالايشبه باليمين وحكى عن مالك انه قال اذا كان المشترى ذا سلطان يعلم بالعادة انه يزيد فى الثمن قبل قول المشترى بغير يمين وقيل اذا أتى المشترى بمالايشبه رد الشفيع الى القيمة وكذلك فيما أحسب اذا أتى كل واحد منهما بمالايشبه واختلفوا اذا أتى كل واحد منهما ببينة وتساوت فى العدالة فقال ابن القاسم بسقطان معا ويرجع الى الاصل من أن القول قول المشترى مع يمينه وقال أشهب البينة بينة المشترى لانها زادت علما

﴿ بسم الله الرحمن الرحيم وصلى الله على سيدنا محمد وآله وصحبه وسلم تسليما ﴾

﴿ كتاب القسمة ﴾

والاصل فى هذا الكتاب قوله تعالى (واذا حضر القسمة أولوا القربى) وقوله (مما قل منه أوكثر نصيبا مفروضا) وقول رسول الله صلى الله عليه وسلم أيما دار قسمت فى الجاهلية فهى على قسم الجاهلية وأيما دار أدركها الاسلام ولم تقسم فهى على قسم الاسلام والنظر فى هذا الكتاب فى القاسم والمقسوم عليه والقسمة والنظر فى القسمة فى أبواب الباب الأول فى أنواع القسمة الثانى فى تعيين محل نوع نوع من أنواعها أعنى مايقبل القسمة ومالايقبلها وصفة القسمة فيها وشروطها أعنى فيما يقبل القسمة الثالث فى معرفة أحكامها

﴿ الباب الأول ﴾

والنظر فى القسمة ينقسم أولا الى قسمين قسمة رقاب الأموال والثانى منافع الرقاب

﴿ القسم الأول من هذا الباب ﴾ فاما قسمة الرقاب التى لاتكال ولاتوزن فتقسم بالجملة الى ثلاثة أقسام قسمة قرعة بعد تقويم وتعديل وقسمة مراضاة بعد تقويم وتعديل وقسمة مراضاة بغير تقويم ولا تعديل وأما مايكال أويوزن فبالكيل والوزن ﴿ القسم الثانى ﴾ وأما الرقاب فانها تنقسم الى ثلاثة أقسام مالاينقل ولايحول وهى الرباع والأصول وماينقل ويحول وهذان قسمان اماغير مكيل ولاموزون وهو الحيوان والعروض واما مكيل أوموزون ففى هذا الباب ثلاثة فصول الاول فى الرباع والثانى فى العروض والثالث فى المكيل والموزون

﴿ الفصل الاول ﴾

فاما الرباع والاصول فيجوز أن تقسم بالتراضي وبالسهمة اذا عدلت بالقيمة اتفق أهل العلم على ذلك اتفاقا مجملا وان كانوا اختلفوا فى محل ذلك وشروطه والقسمة لاتخلو أن تكون فى محل واحد أو فى محال كثيرة فاذا كانت فى محل واحد فلا خلاف فى جوازها اذا انقسمت الى أجزاء متساوية بالصفة ولم تنقص منفعة الاجزاء بالانقسام و يجبر الشركاء على ذلك وأما اذا انقسمت الى مالا منفعة فيه فاختلف فى ذلك مالك وأصحابه فقال مالك انها تقسم بينهم اذا دعا أحدهم لذلك ولو لم يصر لواحد منهم الا مالا منفعة فيه مثل قدر القدم وبه قال ابن كنانة من أصحابه فقط وهو قول أبى حنيفة والشافعى وعمدتهم فى ذلك قوله تعالى (مما قل منه أو كثر نصيبا مفروضا) وقال ابن القاسم لايقسم الا أن يصير لكل واحد فى حظه ماينتفع به من غير مضرة داخلة عليه فى الانتفاع من قبل القسمة وان كان لايراعى فى ذلك نقصان الثمن وقال ابن الماجشون يقسم اذا صار لكل واحد منهم ماينتفع به وان كان من غير جنس المنفعة التى كانت فى الاشتراك أو كانت أقل وقال مطرف من أصحابه ان لم يصر فى حظ كل واحد ماينتفع به لم يقسم وان صار فى حظ بعضهم ماينتفع به وفى حظ بعضهم مالا ينتفع به قسم وجبروا على ذلك سواء دعا الى ذلك صاحب النصيب القليل أو الكثير وقيل يجبر ان دعا صاحب النصيب القليل ولا يجبر ان دعا صاحب النصيب الكثير وقيل بعكس هذا وهو ضعيف واختلفوا من هذا الباب فيما اذا قسم انتقلت منفعته الى منفعة أخرى مثل الحمام فقال مالك يقسم اذا طلب ذلك أحد الشريكين وبه قال أشهب وقال ابن القاسم لايقسم وهو قول الشافعى فعمدة من منع القسمة قوله صلى الله عليه وسلم لاضرر ولاضرار وعمدة من رأى القسمة قوله تعالى (مما قل منه أو كثر نصيبا مفروضا) ومن الحجة لمن لم ير القسمة حديث جابر عن أبيه لاتعضية على أهل الميراث الا ما حمل القسم والتعضية التفرقة يقول لاقسمة بينهم وأما اذا كانت الرباع أكثر من واحد فانها لاتخلو أيضا أن تكون من نوع واحد أو مختلفة الأنواع فاذا كانت متفقة الأنواع فان فقهاء الأمصار فى ذلك مختلفون فقال مالك اذا كانت متفقة الأنواع قسمت بالتقويم والتعديل والسهمة وقال أبو حنيفة والشافعى بل يقسم كل عقار على حدته فعمدة مالك انه أقل للضرر الداخل على الشركاء من القسمة وعمدة الفريق الثانى ان كل عقار تعينه بنفسه لانه تتعلق به الشفعة واختلف أصحاب مالك اذا اختلفت الانواع المتفقة فى النفاق وان تباعدت مواضعها على ثلاثة أقوال وأما اذا كانت الرباع مختلفة مثل أن يكون منها دور ومنها حوائط ومنها أرض فلا خلاف انه لايجمع فى القسمة بالسهمة ومن شرط قسمة الحوائط المثمرة أن لاتقسم مع الثمرة اذا بدا صلاحها باتفاق فى المذهب لأنه يكون بيع الطعام بالطعام على رؤس الثمر وذلك مزابنة وأما قسمتها قبل بدو الصلاح ففيه اختلاف بين أصحاب مالك أما ابن القاسم فلا يجيز ذلك قبل الابار بحال من الأحوال ويعتل لذلك لأنه يؤدى الى بيع طعام بطعام متفاضلا ولذلك زعم انه لم يجز مالك شراء الثمر الذى لم يطب بالطعام لانسيئة ولا نقدا وأما ان كان بعد الابار فانه لايجوز عنده الا بشرط أن يشترط أحدهما على الآخر ان ما وقع من ثمر فى نصيبه فهو داخل فى القسمة ومالم يدخل فى نصيبه فهم فيه على الشركة والعلة فى ذلك عنده انه يجوز

اشتراط المشترى الثمر بعد الابار ولا يجوز قبل الابار فكان أحدهما اشترى حظ صاحبه من جميع الثمرات التى وقعت له فى القسمة بحظه من الثمرات التى وقعت لشريكه واشترط الثمر وصفة القسم بالقرعة أن تقسم الفريضة وتحقق وتضرب ان كان فى سهامها كسر الى أن تصح السهام ثم يقوم كل موضع منها وكل نوع من غراساتها ثم يعدل على أقل السهام بالقيمة فربما عدل جزء من موضع ثلاثة أجزاء من موضع آخر على قيم الأرضين ومواضعها فاذا قسمت على هذه الصفات وعدلت كتبت فى بطائق أسماء الاشراك وأسماء الجهات فمن خرج اسمه فى جهة أخذها وقيل يرمى بالأسماء فى الجهات فمن خرج اسمه فى جهة أخذها فان كان أكثر من ذلك السهم ضوعف له حتى يتم حظه فهذه هى حال قرعة السهم فى الرقاب والسهمة انما جعلها الفقهاء فى القسمة تطييبا لنفوس المتقاسمين وهى موجودة فى الشرع فى مواضع منها قوله تعالى (فساهم فكان من المدحضين) وقوله (وما كنت لديهم اذ يلقون أقلامهم أيهم يكفل مريم) ومن ذلك الأثر الثابت الذى جاء فيه أن رجلا أعتق ستة أعبد عند موته فاسهم رسول الله صلى الله عليه وسلم بينهم فاعتق ثلث ذلك الرقيق وأما القسمة بالتراضى سواء كانت بعد تعديل وتقويم أو بغير تقويم وتعديل فتجوز فى الرقاب المتفقة والمختلفة لأنها بيع من البيوع وانما يحرم فيها ما يحرم فى البيوع

﴿ الفصل الثانى فى العروض ﴾

وأما الحيوان والعروض فاتفق الفقهاء على أنه لا يجوز قسمة واحد منهما للفساد الداخل فى ذلك واختلفوا اذا تشاح الشريكان فى العين الواحدة منهما ولم يتراضيا بالانتفاع بها على الشياع وأراد أحدهما أن يبيع صاحبه معه فقال مالك وأصحابه يجبر على ذلك فان أراد أحدهما أن يأخذه بالقيمة التى أعطى فيها أخذه وقال أهل الظاهر لا يجبر لأن الأصول تقتضى أن لا يخرج ملك أحد من يده الا بدليل من كتاب أو سنة أو اجماع وحجة مالك ان فى ترك الاجبار ضررا وهذا من باب القياس المرسل وقد قلنا فى غير ما موضع انه ليس يقول به أحد من فقهاء الأمصار الا مالك ولكنه كالضرورى فى بعض الأشياء وأما اذا كانت العروض أكثر من جنس واحد فاتفق العلماء على قسمتها على التراضى واختلفوا فى قسمتها بالتعديل والسهمة فاجازها مالك وأصحابه فى الصنف الواحد ومنع من ذلك عبد العزيز بن أبى سلمة وابن الماجشون واختلف أصحاب مالك فى تمييز الصنف الواحد الذى تجوز فيه السهمة من التى لا تجوز فاعتبره أشهب بما لا يجوز تسليم بعضه فى بعض وأما ابن القاسم فاضطرب فمرة أجاز القسم بالسهمة فيما(٧) يجوز تسليم بعضه فى بعض جعل القسمة أخف من السلم ومرة منع القسمة فيما منع فيه السلم وقد قيل ان مذهبه ان القسمة فى ذلك أخف وان مسائله التى يظن من قبلها أن القسمة عنده أشد من السلم تقبل التأويل على أصله الثانى وذهب ابن حبيب الى أنه يجمع فى القسمة ما تقارب من الصنفين مثل الخز والحرير والقطن والكتان وأجاز أشهب جمع صنفين فى القسمة بالسهمة مع التراضى وذلك ضعيف لأن الغرر لا يجوز بالتراضى

﴿ الفصل الثالث ﴾

فأما المكيل والموزون فلا تجوز فيه القرعة باتفاق الا ما حكى اللخمى والمكيل أيضا لا يخلو أن يكون صبرة واحدة أو صبرتين فزائدا فان كان صنفا واحدا فلا يخلو أن تكون قسمته على الاعتدال بالكيل أو الوزن

(٧) قوله فيما يجوز هكذا بالنسخ ولعله فيما لا يجوز بدليل المقابل تأمل اه مصححه

اذادعا الى ذلك أحد الشريكين ولاخلاف فى جواز قسمته على التراضى على التفضيل البين كان ذلك من الربوى أومن غير الربوى أعنى الذى لايجوز فيه التفاضل ويجوز ذلك بالكيل المعلوم والمجهول ولايجوز قسمته جزافا بغير كيل ولاوزن وأماان كانت قسمته تحريا فقيل لايجوز فى المكيل ويجوز فى الموزون ويدخل فى ذلك من الخلاف مايدخل فى جواز بيعه تحريا وأماان لم يكن ذلك من صبرة واحدة وكاناصنفين فان كان ذلك ممالايجوز فيه التفاضل فلاتجوز قسمتهاعلى جهة الجمع الابالكيل المعلوم فيما يكال وبالوزن بالصنجة المعروفة فيما يوزن لأنه اذا كان بمكيال مجهول لم يدركم يحصل فيه من الصنف الواحد اذا كانا مختلفين من الكيل المعلوم وهذا كله على مذهب مالك لأن أصل مذهبه أنه يحرم التفاضل فى الصنفين اذا تقاربت منافعهما مثل القمح والشعير وأماان كان ممايجوز فيه التفاضل فيجوز قسمته على الاعتدال والتفاضل البين المعروف بالمكيال المعروف أوالصنجة المعروفة أعنى على جهة الجمع وان كانا صنفين وهذا الجواز كله فى المذهب على جهة الرضا وأمافى واجب الحكم فلا تنقسم كل صبرة الا على حدة واذا قسمت كل صبرة على حدة جازت قسمتها بالمكيال المعلوم والمجهول فهذا كله هو حكم القسمة التى تكون فى الرقاب

﴿ القول فى القسم الثانى وهو قسمة المنافع ﴾

فأماقسمة المنافع فانهالاتجوز بالسهمة على مذهب ابن القاسم ولايجبر عليهامن أباها ولاتكون القرعة على قسمة المنافع وذهب أبو حنيفة وأصحابه الى أنه يجبر على قسمة المنافع وقسمة المنافع هى عند الجميع بالمهايأة وذلك امابالأزمان واما بالأعيان أماقسمة المنافع بالازمان فهوأن ينتفع كل واحدمنهما بالعين مدة مساوية لمدة انتفاع صاحبه وأماقسم الاعيان بأن يقسما الرقاب على أن ينتفع كل واحدمنهما بما حصل له مدة محدودة والرقاب باقية على أصل الشركة وفى المذهب فى قسمة المنافع بالزمان اختلاف فى تحديد المدة التى تجوز فيها القسمة لبعض المنافع دون بعض للاغتلال أوالانتفاع مثل استخدام العبد وركوب الدابة وزراعة الارض وذلك أيضا فيماينقل ويحول أولاينقل ولايحول فأمافيماينقل ويحول فلايجوز عندمالك وأصحابه فى المدة الكثيرة ويجوز فى المدة اليسيرة وذلك فى الاغتلال والانتفاع وأمافيما لاينقل ولايحول فيجوز فى المدة البعيدة والاجل البعيد وذلك فى الاغتلال والانتفاع واختلفوا فى المدة اليسيرة فيماينقل ويحول فى الاغتلال فقيل اليوم الواحد ونحوه وقيل لايجوز ذلك فى الدابة والعبد وأما الاستخدام فقيل يجوز فى مثل الخمسة الايام وقيل فى الشهر وأكثر من الشهر قليلا وأما التهايؤ فى الاعيان بأن يستعمل هذا دارا مدة من الزمان وهذا دارا تلك المدة بعينها فقيل يجوز فى سكنى الدار وزراعة الارضين ولايجوز ذلك فى الغلة والكراء الافى الزمان اليسير وقيل يجوز على قياس التهايؤ بالازمان وكذلك القول فى استخدام العبد والدواب يجرى القول فيه على الاختلاف فى قسمتها بالزمان فهذا هو القول فى أنواع القسمة فى الرقاب وفى المنافع وفى الشروط المصححة والمفسدة وبقى من هذا الكتاب القول فى الاحكام

﴿ القول فى الاحكام ﴾

والقسمة من العقود اللازمة لايجوز للمتقاسمين نقضها ولا الرجوع فيها الا بالطوارئ عليها والطوارئ ثلاثة غبن أووجود عيب أواستحقاق فأماالغبن فلايوجب الفسخ الافى قسمة القرعة باتفاق فى المذهب

الاعلى قياس من يرى له تأثيرا فى البيع فيلزم على مذهبه أن يؤثر فى القسمة وأما الرد بالعيب فانه لايخلو على مذهب ابن القاسم أن يجد العيب فى جل نصيبه أو فى أقله فان وجده فى جل نصيبه فانه لايخلو أن يكون النصيب الذى حصل لشريكه قدفات أولم يفت فان كان قدفات رد الواجد للعيب نصيبه على الشركة وأخذ من شريكه نصف قيمة نصيبه يوم قبضه وان كان لم يفت انفسخت القسمة وعادت الشركة الى أصلها وان كان العيب فى أقل ذلك ردذلك الاقل على أصل السركة فقط سواء فات نصيب صاحبه أولم يفت ورجع على شريكه بنصف قيمة تلك الزيادة ولايرجع فى شئ مما فى يده وان كان قائما بالعيب وقال أشهب والذى يفيت الرد قد تقدم فى كتاب البيوع وقال عبد العزيز بن الماجشون وجود العيب يفسخ القسمه التى بالقرعة ولايفسخ التى بالتراضى لان التى بالتراضى هى بيع وأما التى بالمرعة فهى تمييز حق واذا فسخت بالغبن وجب أن تفسخ بالرد بالعيب وحكم الاستحقاق عند ابن القاسم حكم وجود العيب ان كان المستحق كثيرا وحظ الشريك لم يفت رجع معه شريكا فيما فى يديه وان كان قدفات رجع عليه بنصف قيمة مافى يديه وان كان يسيرا رجع عليه بنصف قيمة ذلك الشئ وقال محمد اذا استحق مافى يد أحدهما بطلت القسمة فى قسمة القرعة لانه قد تبين أن القسمة لم تقع على عدل كقول ابن الماجشون فى العيب وأما اذا طرأ على المال حق فيه مثل طوارئ الدين على التركة بعد القسمة أو طرق الوصية أو طرق وارث فان أصحاب مالك اختلفوا فى ذلك فأما ان طرأ الدين قيل فى المشهور فى المذهب وهو قول ابن القاسم ان القسمة تنتقض الا أن يتفق الورثة على أن يعطوا الدين من عندهم وسواء كانت حظوظهم باقية بأيديهم أولم تكن هلكت بأمر من السماء أولم تهلك وقد قيل أيضا ان القسمة انما تنتقض بيد من بقى فى يده حظه ولم تهلك بأمر من السماء وأما من هلك حظه بأمر من السماء فلا يرجع عليه بشئ من الدين ولايرجع هو على الورثة بما بقى بأيديهم بعد أداء الدين وقيل بل تنتقض القسمة ولابد لحق الله تعالى لقوله تعالى (من بعد وصية يوصى بها أو دين) وقيل بل تنتقض الا فى حق من أعطى منه ماينوبه من الدين وهكذا الحكم فى طرق الموصى له على الورثة وأما طرق الوارث على الشركة بعد القسمة وقبل أن يفوت حظ كل واحد منهم فلا تنتقض القسمة وأخذ من كل واحد حظه ان كان ذلك مكيلا أو موزونا وان كان حيوانا أو عروضا انتقضت القسمة وهل يضمن كل واحد منهم ماتلف فى يده بغير سبب منه فقيل يضمن وقيل لا يضمن

﴿ بسم الله الرحمن الرحيم وصلى الله على سيدنا محمد وآله وصحبه وسلم تسليما ﴾

﴿ كتاب الرهون ﴾

والاصل فى هذا الكتاب قوله تعالى (ولم تجدوا كاتبا فرهان مقبوضة) والنظر فى هذا الكتاب فى الاركان وفى الشروط وفى الاحكام والاركان هى النظر فى الراهن والمرهون والمرتهن والشئ الذى فيه الرهن وصفة عقد الرهن ﴿ الركن الاول ﴾ فاما الراهن فلاخلاف ان من صفته أن يكون غير محجور عليه من أهل السداد والوصى يرهن لمن يلى النظر عليه اذا كان ذلك سدادا ودعت اليه الضرورة عند مالك وقال الشافعى يرهن لمصلحة ظاهرة ويرهن المكاتب والمأذون عند مالك قال سحنون فان ارتهن فى مال أسلفه لم يجز وبه قال الشافعى واتفق مالك والشافعى على أن المفلس لايجوز رهنه

وقال أبو حنيفة يجوز واختلف قول مالك فى الذى أحاط الدين بماله هل يجوز رهنه أعنى هل يلزم أم لا يلزم فالمشهور عنه أنه يجوز أعنى قبل أن يفلس والخلاف آيل الى هل المفلس محجور عليه أم لا وكل من صح أن يكون راهنا صح أن يكون مرتهنا ﴿ الركن الثانى ﴾ وهو الرهن وقالت الشافعية يصح بثلاثة شروط الاول أن يكون عينا فانه لا يجوز أن يرهن الدين الثانى أن لا يمتنع اثبات يد الراهن المرتهن عليه كالمصحف ومالك يجيز رهن المصحف ولا يقرأ فيه المرتهن والخلاف مبنى على البيع الثالث أن تكون العين قابلة للبيع عند حلول الاجل ويجوز عند مالك أن يرتهن مالا يحل بيعه فى وقت الارتهان كالزرع والثمر لم يبد صلاحه ولا يباع عنده فى أداء الدين الا اذا بدا صلاحه وان حل أجل الدين وعن الشافعى قولان فى رهن الثمر الذى لم يبد صلاحه ويباع عنده عند حلول الدين على شرط القطع قال أبو حامد والاصح جوازه ويجوز عند مالك رهن مالم يتعين كالدنانير والدراهم اذا طبع عليها وليس من شرط الرهن أن يكون ملكا للراهن لا عند مالك ولا عند الشافعى بل قد يجوز عندهما أن يكون مستعارا واتفقوا على أن من شرطه أن يكون اقراره فى يد المرتهن من قبل الراهن واختلفوا اذا كان قبض المرتهن له بغصب ثم أقره المغصوب منه فى يده رهنا فقال مالك يصح أن ينقل الشئ المغصوب من ضمان الغصب الى ضمان الرهن فيجعل المغصوب منه الشئ المغصوب رهنا فى يد الغاصب قبل قبضه منه وقال الشافعى لا يجوز بل يبقى على ضمان الغصب الا أن يقبضه واختلفوا فى رهن المشاع فمنعه أبو حنيفة وأجازه مالك والشافعى والسبب فى الخلاف هل تمكن حيازة المشاع أم لا تمكن ﴿ الركن الثالث ﴾ وهو الشئ المرهون فيه وأصل مذهب مالك فى هذا أنه يجوز أن يؤخذ الرهن فى جميع الأثمان الواقعة فى جميع البيوعات الا الصرف ورأس المال فى السلم المتعلق بالذمة وذلك لان الصرف من شرطه التقابض فلا يجوز فيه عقدة الرهن وكذلك رأس مال السلم وان كان عنده دون الصرف فى هذا المعنى وقال قوم من أهل الظاهر لا يجوز أخذ الرهن الا فى السلم خاصة أعنى فى المسلم فيه وهؤلاء ذهبوا الى ذلك لكون آية الرهن واردة فى الدين فى المبيعات وهو السلم عندهم فكأنهم جعلوا هذا شرطا من شروط صحة الرهن لانه قال فى أوّل الآية (يا أيها الذين آمنوا اذا تداينتم بدين الى أجل مسمى فاكتبوه) ثم قال (وان كنتم على سفر ولم تجدوا كاتبا فرهان مقبوضة) فعلى مذهب مالك يجوز أخذ الرهن فى السلم وفى القرض وفى الغصب وفى قيم المتلفات وفى أروش الجنايات فى الاموال وفى جراح العمد الذى لا قود فيه كالمأمومة والجائفة وأما قتل العمد والجراح التى يقاد منها فيتخرج فى جواز أخذ الرهن فى الدية فيها اذا عفا الولى قولان أحدهما ان ذلك يجوز وذلك على القول بأن الولى مخير فى العمد بين الدية والقود والقول الثانى ان ذلك لا يجوز وذلك أيضا مبنى على أن ليس للولى الا القود فقط اذا أبى الجانى من اعطاء الدية ويجوز فى قتل الخطأ أخذ الرهن ممن يتعين من العاقلة وذلك بعد الحول ويجوز فى العارية التى تضمن ولا يجوز فيما لا يضمن ويجوز أخذه فى الاجارات ويجوز فى الجعل بعد العمل ولا يجوز قبله ويجوز الرهن فى المهر ولا يجوز فى الحدود ولا فى القصاص ولا فى الكتابة وبالجملة فيما لا تصح فيه الكفالة وقالت الشافعية المرهون فيه له شرائط ثلاث أحدها أن يكون دينا فانه لا يرهن فى عين والثانى أن يكون واجبا فانه لا يرهن قبل الوجوب مثل أن يسترهنه بما يستقرضه ويجوز ذلك عند مالك والثالث أن

لا يكون لزومه متوقعا أن يجب وأن لا يجب كالرهن فى الكتابة وهذا المذهب قريب من مذهب مالك

﴿ القول فى الشروط ﴾

وأما شروط الرهن فالشروط المنطوق بها فى الشرع ضربان شروط صحة وشروط فساد فأما شروط الصحة المنطوق بها فى الرهن أعنى فى كونه رهنا فشرطان أحدهما متفق عليه بالجملة ومختلف فى الجهة التى هو بها شرط وهو القبض والثانى مختلف فى اشتراطه فأما القبض فاتفقوا بالجملة على أنه شرط فى الرهن لقوله تعالى (فرهان مقبوضة) واختلفوا هل هو شرط تمام أو شرط صحة وفائدة الفرق أن من قال شرط صحة قال ما لم يقع القبض لم يلزم الرهن الراهن ومن قال شرط تمام قال يلزم بالعقد ويجبر الراهن على الاقباض الا أن يتراخى المرتهن عن المطالبة حتى يفلس الراهن أو يمرض أو يموت فذهب مالك الى أنه من شروط التمام وذهب أبو حنيفة والشافعى وأهل الظاهر الى أنه من شروط الصحة وعمدة مالك قياس الرهن على سائر العقود اللازمة بالقول وعمدة الغير قوله تعالى (فرهان مقبوضة) وقال بعض أهل الظاهر لا يجوز الرهن الا أن لا يكون هنالك كاتب لقوله تعالى (ولم تجدوا كاتبا فرهان مقبوضة) ولا يجوز أهل الظاهر أن يوضع الرهن على يدى عدل وعند مالك ان من شرط صحة الرهن استدامة القبض وانه متى عاد الى يد الراهن باذن المرتهن بعارية أو وديعة أو غير ذلك فقد خرج من اللزوم وقال الشافعى ليس استدامة القبض من شرط الصحة فمالك عمم الشرط على ظاهره فألزم من قوله تعالى (فرهان مقبوضة) وجود القبض واستدامته والشافعى يقول اذا وجد القبض فقد صح الرهن وانعقد فلا يحل ذلك اعارته ولا غير ذلك من التصرف فيه كالحال فى البيع وقد كان الاولى بمن يشترط القبض فى صحة العقد أن يشترط الاستدامة ومن لم يشترطه فى الصحة أن لا يشترط الاستدامة واتفقوا على جوازه فى السفر واختلفوا فى الحضر فذهب الجمهور الى جوازه وقال أهل الظاهر ومجاهد لا يجوز فى الحضر لظاهر قوله تعالى (وان كنتم على سفر) الآية وتمسك الجمهور بما ورد من أنه صلى الله عليه وسلم رهن فى الحضر والقول فى استنباط منع الرهن فى الحضر من الآية هو من باب دليل الخطاب وأما الشرط المحرم الممنوع بالنص فهو أن يرهن الرجل رهنا على أنه ان جاء بحقه عند أجله والا فالرهن له فاتفقوا على أن هذا الشرط يوجب الفسخ وأنه معنى قوله عليه السلام لا يغلق الرهن

﴿ القول فى الجزء الثالث من هذا الكتاب وهو القول فى الأحكام ﴾

وهذا الجزء ينقسم الى معرفة ما للراهن من الحقوق فى الرهن وما عليه والى معرفة ما للمرتهن فى الرهن وما عليه والى معرفة اختلافهما فى ذلك وذلك اما من نفس العقد واما الامور طارئة على الرهن ونحن نذكر من ذلك ما اشتهر الخلاف فيه بين فقهاء الأمصار والاتفاق أما حق المرتهن فى الرهن فهو أن يمسكه حتى يؤدى الراهن ما عليه فان لم يأت به عند الأجل كان له أن يرفعه الى السلطان فيبيع عليه الرهن وينصفه منه ان لم يجبه الراهن الى البيع وكذلك ان كان غائبا وان وكل الراهن المرتهن على بيع الرهن عند حلول الأجل جاز وكرهه مالك الا أن يرفع الأمر الى السلطان والرهن عند الجمهور يتعلق بجملة الحق المرهون فيه وببعضه أعنى أنه اذا رهنه فى عدد ما فأدى منه بعضه فان الرهن بأسره يبقى بعد بيد المرتهن حتى يستوفى حقه وقال قوم بل يبقى من الرهن بيد المرتهن بقدر ما يبقى من الحق وحجة الجمهور أنه محبوس

بحق فوجب أن يكون محبوسا بكل جزء منه أصله حبس التركة على الورثة حتى يؤدوا الدين الذى على الميت وحجة الفريق الثانى أن جميعه محبوس بجميعه فوجب أن يكون ابعاضه محبوسة بابعاضه أصله الكفالة ﴿ ومن مسائل هذا الباب المشهورة ﴾ اختلافهم فى نماء الرهن المنفصل مثل الثمرة فى الشجر المرهون ومثل الغلة ومثل الولد هل يدخل فى الرهن أم لا فذهب قوم الى أن نماء الرهن المنفصل لا يدخل شئ منه فى الرهن أعنى الذى يحدث منه فى يد المرتهن وممن قال بهذا القول الشافعى وذهب آخرون الى أن جميع ذلك يدخل فى الرهن وممن قال بهذا القول أبو حنيفة والثورى وفرق مالك فقال ما كان من نماء الرهن المنفصل على خلقته وصورته فانه داخل فى الرهن كولد الجارية مع الجارية وأما ما لم يكن على خلقته فانه لا يدخل فى الرهن كان متولدا عنه كثمر النخل أو غير متولد ككراء الدار وخراج الغلام وعمدة من رأى أن نماء الرهن وغلته للراهن قوله عليه الصلاة والسلام الرهن محلوب ومركوب قالوا ووجه الدليل من ذلك انه لم يرد بقوله مركوب ومحلوب أى يركبه الراهن ويحلبه لأنه كان يكون غير مقبوض وذلك مناقض لكونه رهنا فان الرهن من شرطه القبض قالوا ولا يصح أيضا أن يكون معناه أن المرتهن يحلبه ويركبه فلم يبق الا أن يكون المعنى فى ذلك ان أجرة ظهره لربه ونفقته عليه واستدلوا أيضا بعموم قوله عليه الصلاة والسلام الرهن ممن رهنه له غنمه وعليه غرمه قالوا ولأنه نماء زائد على ما رضيه رهنا فوجب أن لا يكون له الا بشرط زائد وعمدة أبى حنيفة ان الفروع تابعة للاصول فوجب لها حكم الأصل ولذلك حكم الولد تابع لحكم أمه فى التدبير والكتابة وأما مالك فاحتج بأن الولد حكمه حكم أمه فى البيع أى هو تابع لها وفرق بين الثمر والولد فى ذلك بالسنة المفرقة فى ذلك وذلك أن الثمر لا يتبع بيع الأصل الا بالشرط وولد الجارية يتبع بغير شرط والجمهور على أن ليس للمرتهن أن ينتفع بشئ من الرهن وقال قوم اذا كان الرهن حيوانا فللمرتهن أن يحلبه ويركبه بقدر ما يعلفه وينفق عليه وهو قول أحمد واسحق واحتجوا بما رواه أبو هريرة عن النبى عليه الصلاة والسلام أنه قال الرهن محلوب ومركوب ومن هذا الباب اختلافهم فى الرهن يهلك عند المرتهن ممن ضمانه فقال قوم الرهن أمانة وهو من الراهن والقول قول المرتهن مع يمينه انه ما فرط فيه وما جنى عليه وممن قال بهذا القول الشافعى وأحمد وأبو ثور وجمهور أهل الحديث وقال قوم الرهن من المرتهن ومصيبته منه وممن قال بهذا القول أبو حنيفة وجمهور الكوفيين والذين قالوا بالضمان انقسموا قسمين فنهم من رأى أن الرهن مضمون بالأقل من قيمته أو قيمة الدين وبه قال أبو حنيفة وسفيان وجماعة ومنهم من قال هو مضمون بقيمته قلت أو كثرت وانه ان فضل للراهن شئ فوق دينه أخذه من المرتهن وبه قال على بن أبى طالب وعطاء واسحق وفرق قوم بين ما لا تغاب عليه مثل الحيوان والعقار مما لا يخفى هلاكه وبين ما يغاب عليه من العروض فقالوا هو ضامن فيما يغاب عليه ومؤتمن فيما لا يغاب عليه وممن قال بهذا القول مالك والاوزاعى وعثمان البتى الا أن مالكا يقول اذا شهد الشهود بهلاك ما يغاب عليه من غير تضييع ولا تفريط فانه لا يضمن وقال الاوزاعى وعثمان البتى بل يضمن على كل حال قامت بينة أو لم تقم وبقول مالك قال ابن القاسم وبقول عثمان والاوزاعى قال أشهب وعمدة من جعله أمانة غير مضمون حديث سعيد بن المسيب عن أبى هريرة أن النبى صلى الله عليه وسلم قال لا يغلق الرهن وهو ممن رهنه له غنمه وعليه غرمه أى له غلته

وحراجه وعليه افتكاكه ومصيبته منه قالوا وقد رضى الراهن أمانته فأشبه المودع عنده وقال المزنى من أصحاب الشافعى محتجاله قد قال مالك ومن تابعه ان الحيوان وماظهر هلاكه أمانة فوجب أن يكون كله كذلك وقد قال أبو حنيفة ان مازاد من قيمة الرهن على قيمة الدين فهو أمانة فوجب أن يكون كله أمانة ومعنى قوله عليه الصلاة والسلام عند مالك ومن قال بقوله وعليه غرمه أى نفقته قالوا وذلك معنى قوله عليه الصلاة والسلام الرهن مركوب ومحلوب أى أجرة ظهره لربه ونفقته عليه وأما أبو حنيفة وأصحابه فتأولوا قوله عليه الصلاة والسلام له غنمه وعليه غرمه ان غنمه مافضل منه على الدين وغرمه مانقص وعمدة من رأى انه مضمون من المرتهن انه عين تعلق بها حق الاستيفاء ابتداء فوجب أن يسقط بتلفه أصله تلف المبيع عند البائع اذا أمسكه حتى يستوفى الثمن وهذا متفق عليه من الجمهور وان كان عند مالك كالرهن وربما احتجوا بما روى عن النبى صلى الله عليه وسلم أن رجلا ارتهن فرسا من رجل فنفق فى يده فقال عليه الصلاة والسلام للمرتهن ذهب حقك وأما تفريق مالك بين مايغاب عليه و بين مالا يغاب عليه فهو استحسان ومعنى ذلك أن التهمة تلحق فيما يغاب عليه ولا تلحق فيما لا يغاب عليه وقد اختلفوا فى معنى الاستحسان الذى يذهب اليه مالك كثيرا فضعفه قوم وقالوا انه مثل استحسان أبى حنيفة وحدوا الاستحسان بأنه قول بغير دليل ومعنى الاستحسان عند مالك هو جمع بين الادلة المتعارضة واذا كان ذلك كذلك فليس هو قول بغير دليل والجمهور على أنه لا يجوز للراهن بيع الرهن ولا هبته وأنه ان باعه فللمرتهن الاجازة أو الفسخ قال مالك وان زعم أن اجازته ليتعجل حقه حلف على ذلك وكان له وقال قوم يجوز بيعه واذا كان الرهن غلاما أو أمة فأعتقها الراهن فعند مالك انه ان كان الراهن موسرا جاز عتقه وعجل للمرتهن حقه وان كان معسرا بيعت وقضى الحق من ثمنها وعند الشافعى ثلاثة أقوال الرد والاجازة والثالث مثل قول مالك وأما اختلاف الراهن والمرتهن فى قدر الحق الذى به وجب الرهن فان الفقهاء اختلفوا فى ذلك فقال مالك القول قول المرتهن فيما ذكره من قدر الحق مالم تكن قيمة الرهن أقل من ذلك فما زاد على قيمة الرهن فالقول قول الراهن وقال الشافعى وأبو حنيفة والثورى وجمهور فقهاء الأمصار القول فى قدر الحق قول الراهن وعمدة الجمهور أن الراهن مدعى عليه والمرتهن مدع فوجب أن تكون اليمين على الراهن على ظاهر السنة المشهورة وعمدة مالك ههنا ان المرتهن وان كان مدعيا فله ههنا شبهة بنقل اليمين الى حيزه وهو كون الرهن شاهدا له ومن أصوله أن يحلف أقوى المتداعيين شبهة وهذا لا يلزم عند الجمهور لأنه قد يرهن الراهن الشئ وقيمته أكثر من المرهون فيه وأما اذا تلف الرهن واختلفوا فى صفته فالقول ههنا عند مالك قول المرتهن لأنه مدعى عليه وهو مقر ببعض مادعى عليه وهذا على أصوله فان المرتهن أيضا هو الضامن فيما يغاب عليه وأما على أصول الشافعى فلا يتصوّر على المرتهن يمين الا أن يناكره الراهن فى تلافه وأما عند أبى حنيفة فالقول قول المرتهن فى قيمة الرهن وليس يحتاج الى صفة لأن عند مالك يحلف على الصفة وتقوم تلك الصفة واذا اختلفوا فى الامرين جميعا أعنى فى صفة الرهن وفى مقدار الرهن كان القول قول المرتهن فى صفة الرهن وفى الحق ما كانت قيمته الصفة التى حلف عليها شاهدة له وفيه ضعف وهل يشهد الحق لقيمة الرهن اذا اتفقا فى الحق واختلفا فى قيمة الرهن فى المذهب فيه قولان والاقيس الشهادة لانه اذا شهد الرهن للدين شهد الدين للرهون وفروع هذا

الباب كثيرة وفيما ذكرناه كفاية فى غرضنا

﴿ بسم الله الرحمن الرحيم وصلى الله على سيدنا محمد وآله وصحبه وسلم تسليما ﴾

﴿ كتاب الحجر ﴾

والنظر فى هذا الباب فى ثلاثة أبواب الباب الأوّل فى أصناف المحجورين الثانى متى يخرجون من الحجر ومتى يحجر عليهم وبأىّ شروط يخرجون الثالث فى معرفة أحكام أفعالهم فى الرد والاجازة

﴿ الباب الأوّل ﴾

أجمع العلماء على وجوب الحجر على الايتام الذين لم يبلغوا الحلم لقوله تعالى (وابتلوا اليتامى حتى اذا بلغوا النكاح) الآية واختلفوا فى الحجر على العقلاء الكبار اذا ظهر منهم تبذير لاموالهم فذهب مالك والشافعى وأهل المدينة وكثير من أهل العراق الى جواز ابتداء الحجر عليهم بحكم الحاكم وذلك اذا ثبت عنده سفههم وأعذر اليهم فلم يكن عندهم مدفع وهو رأى ابن عباس وابن الزبير وذهب أبو حنيفة وجماعة من أهل العراق الى أنه لا يبتدأ الحجر على الكبار وهو قول ابراهيم وابن سيرين وهؤلاء انقسموا قسمين فنهم من قال الحجر لا يجوز عليهم بعد البلوغ بحال وان ظهر منهم التبذير ومنهم من قال ان استصحبوا التبذير من الصغر يستمر الحجر عليهم وان ظهر منهم رشد بعد البلوغ ثم ظهر منهم سفه فهؤلاء لا يبدأ بالحجر عليهم وأبو حنيفه يحد فى ارتفاع الحجر وان ظهر سفهه خمسة وعشرين عاما وعمدة من أوجب على الكبار ابتداء الحجر أن الحجر على الصغار انما وجب لمعنى التبذير الذى يوجد فيهم غالبا فوجب أن يجب الحجر على من وجد فيه هذا المعنى وان لم يكن صغيرا قالوا ولذلك اشترط فى رفع الحجر عنهم مع ارتفاع الصغر ايناس الرشد قال الله تعالى (فان آنستم منهم رشدا فادفعوا اليهم أموالهم) فدل هذا على أن السبب المقتضى للحجر هو السفه وعمدة الحنفية حديث حبان بن منقذ اذ ذكر فيه لرسول الله صلى الله عليه وسلم أنه يخدع فى البيوع فجعل له رسول الله صلى الله عليه وسلم الخيار ثلاثا ولم يحجر عليه وربما قالوا الصغر هو المؤثر فى منع التصرف بالمال بدليل تأثيره فى اسقاط التكليف وانما اعتبر الصغر لأنه الذى يوجد فيه السفه غالبا كما يوجد فيه نقص العقل غالبا ولذلك جعل البلوغ علامة وجوب التكليف وعلامة الرشد اذ كانا يوجدان فيه غالبا أعنى العقل والرشد وكما لم يعتبر النادر فى التكليف أعنى أن يكون قبل البلوغ عاقلا فيكلف كذلك لم يعتبر النادر فى السفه وهو أن يكون بعد البلوغ سفيها فيحجر عليه كما لم يعتبر كونه قبل البلوغ رشيدا قالوا وقوله تعالى (ولا تؤتوا السفهاء أموالكم) الآية ليس فيها أكثر من منعهم من أموالهم وذلك لا يوجب فسخ بيوعهم وابطالها والمحجورون عند مالك ستة الصغير والسفيه والعبد والمفلس والمريض والزوجة وسيأتى ذكر كل واحد منهم فى بابه

﴿ الباب الثانى ﴾

والنظر فى هذا الباب فى موضعين فى وقت خروج الصغار من الحجر ووقت خروج السفهاء فنقول ان الصغار بالجملة صنفان ذكور واناث وكل واحد من هؤلاء اما ذو أب واما ذو وصى واما مهمل وهم الذين يبلغون ولا وصى لهم ولا أب فأما الذكور الصغار ذوو الآباء فاتفقوا على أنهم لا يخرجون من الحجر الا ببلوغ سن التكليف وايناس الرشد منهم وان كانوا قد اختلفوا فى الرشد ما هو وذلك لقوله تعالى (وابتلوا اليتامى

حتى اذا بلغوا النكاح فان آنستم منهم رشدا فادفعوا اليهم أموالهم) واختلفوا فى الاناث فذهب الجمهور الى أن حكمهن فى ذلك حكم الذكور أعنى بلوغ المحيض وايناس الرشد وقال مالك هى فى ولاية أبيها فى المشهور عنه حتى تتزوج ويدخل بها زوجها ويؤنس رشدها وروى عنه مثل قول الجمهور ولأصحاب مالك فى هذا أقوال غير هذه قيل انها فى ولاية أبيها حتى تمر بها سنة بعد دخول زوجها بها وقيل حتى يمر بها عامان وقيل حتى تمر بها سبعة أعوام وحجة مالك أن ايناس الرشد لا يتصوّر من المرأة الا بعد اختبار الرجال وأما أقاويل أصحابه فضعيفة مخالفة للنص والقياس أما مخالفتها للنص فانهم لم يشترطوا الرشد وأما مخالفتها للقياس فلان الرشد ممكن تصوره منها قبل هذه المدة المحددة واذا قلنا على قول مالك لا على قول الجمهور ان الاعتبار فى الذكور ذوى الآباء البلوغ وايناس الرشد فاختلف قول مالك اذا بلغ ولم تعلم سفهه من رشده وكان مجهول الحال فقيل عنه انه محمول على السفه حتى يتبين رشده وهو المشهور وقيل عنه انه محمول على الرشد حتى يتبين سفهه فأما ذوو الاوصياء فلا يخرجون من الولاية فى المشهور عن مالك الا باطلاق وصيه له من الحجر أى يقول فيه انه رشيد ان كان مقدما من قبل الاب بلا خلاف أو باذن القاضى مع الوصى ان كان مقدما من غير الاب على اختلاف فى ذلك وقد قيل فى وصى الأب أنه لا يقبل قوله فى أنه رشيد الا حتى يعلم رشده وقد قيل ان حاله مع الوصى كحاله مع الأب يخرجه من الحجر اذا آنس منه الرشد وان لم يخرجه وصيه بالاشهاد وان المجهول الحال فى هذا حكمه حكم المجهول الحال ذى الاب وأما ابن القاسم فمذهبه ان الولاية غير معتبر ثبوتها اذا علم الرشد ولا سقوطها اذا علم السفه وهى رواية عن مالك وذلك من قوله فى اليتيم لا فى البكر والفرق بين المذهبين أن من يعتبر الولاية يقول أفعاله كلها مردودة وان ظهر رشده حتى يخرج من الولاية وهو قول ضعيف فان المؤثر هو الرشد لا حكم الحاكم وأما اختلافهم فى الرشد ما هو فان مالكا يرى أن الرشد هو تثمير المال واصلاحه فقط والشافعى يشترط مع هذا صلاح الدين وسبب اختلافهم هل ينطلق اسم الرشد على غير صالح الدين وحال البكر مع الوصى كحال الذكر لا يخرج من الولاية الا بالاخراج ما لم تعنس على اختلاف فى ذلك وقيل حالها مع الوصى كحالها مع الاب وهو قول ابن الماجشون ولم يختلف قولهم انه لا يعتبر فيها الرشد كاختلافهم فى اليتيم وأما المهمل من الذكور فان المشهور ان أفعاله جائزة اذا بلغ الحلم كان سفيها متصل السفه أو غير متصل السفه معلنا به أو غير معلن وأما ابن القاسم فيعتبر نفس فعله اذا وقع فان كان رشدا اجاز والارده فأما اليتيمة التى لا أب لها ولا وصى فان فيها فى المذهب قولين أحدهما أن أفعالها جائزة اذا بلغت المحيض والثانى أن أفعالها مردودة ما لم تعنس وهو المشهور

﴿الباب الثالث﴾

والنظر فى هذا الباب فى شيئين أحدهما ما يجوز لصنف صنف من المحجورين من الأفعال واذا فعلوا فكيف حكم أفعالهم فى الرد والاجازة وكذلك أفعال المهملين وهم الذين بلغوا الحلم من غير أب ولا وصى وهؤلاء كما قلنا اما صغار واما كبار متصلو الحجر من الصغر واما مبتدأ حجرهم فأما الصغار الذين لم يبلغوا الحلم من الرجال ولا المحيض من النساء فلا خلاف فى المذهب فى أنه لا يجوز له فى ماله معروف من هبة ولا صدقة ولا عطية ولا عتق وان أذن له الاب فى ذلك أو الوصى فان أخرج من يده شيأ بغير عوض كان موقوفا على نظر وليه ان كان له ولى فان رآه رشدا أجازه والا أبطله وان لم يكن له ولى قدم له ولى ينظر فى ذلك

وان عمل فى ذلك حتى يلى أمره كان النظر اليه فى الاجازة أو الرد واختلف اذا كان فعله سدادا ونظرا فيما كان يلزم الولى أن يفعله هل له أن ينقضه اذا آل الامر الى خلاف بحوالة الاسواق أو نماء فيما باعه أو نقصان فيما ابتاعه فالمشهور ان ذلك له وقيل ان ذلك ليس له ويلزم الصغير ما أفسد فى ماله مما لم يؤتمن عليه واختلف فيما أفسد وكسر مما اؤتمن عليه ولا يلزمه بعد بلوغه ورشده عتق ما حلف بحريته فى صغره وحنث به فى صغره واختلف فيما حنث فيه فى كبره وحلف به فى صغره فالمشهور أنه لا يلزمه وقال ابن كنانة يلزمه ولا يلزمه فيما ادعى عليه يمين واختلف اذا كان له شاهد واحد هل يحلف معه فالمشهور أنه لا يحلف وروى عن مالك والليث أنه يحلف وحال البكر ذات الاب والوصى كالذكر مالم تعنس على مذهب من يعتبر تعنيسها فأما السفيه البالغ فجمهور العلماء على أن المحجور اذا طلق زوجته أو خالعها مضى طلاقه وخلعه الا ابن أبى ليلى وأبا يوسف وخالف ابن أبى ليلى فى العتق فقال انه ينفذ وقال الجمهور انه لا ينفذ وأما وصيته فلا أعلم خلافا فى نفوذها ولا تلزمه هبة ولا صدقة ولا عطية ولا عتق ولا شئ من المعروف الا أن يعتق أم ولده فيلزمه عتقها وهذا كله فى المذهب وهل يتبعها مالها فيه خلاف قيل يتبع وقيل لا يتبع وقيل بالفرق بين القليل والكثير وأما ما يفعله بعوض فهو أيضا موقوف على نظر وليه ان كان له ولى فان لم يكن له ولى قدم له ولى فان رد بيعه الولى وكان قد أتلف الثمن لم يتبع من ذلك بشئ وكذلك ان أتلف عين المبيع * وأما أحكام أفعال المحجورين أو المهملين على مذهب مالك فانها تنقسم الى أربعة أحوال فنهم من تكون أفعاله كلها مردودة وان كان فيها ما هو رشد ومنهم ضد هذا وهو أن تكون أفعاله كلها محمولة على الرشد وان ظهر فيها ما هو سفه ومنهم من تكون أفعاله كلها محمولة على السفه مالم يتبين رشده وعكس هذا أيضا وهو أن تكون أفعاله كلها محمولة على الرشد حتى يتبين سفهه فأما الذى يحكم له بالسفه وان ظهر رشده فهو الصغير الذى لم يبلغ والبكر ذات الاب والوصى مالم تعنس على مذهب من يعتبر التعنيس واختلف فى حده اختلافا كثيرا من دون الثلاثين الى الستين والذى يحكم له بحكم الرشد وان علم سفهه فنها السفيه اذا لم تثبت عليه ولاية من قبل أبيه ولا من قبل السلطان على مشهور مذهب مالك خلافا لابن القاسم الذى يعتبر نفس الرشد لا نفس الولاية والبكر اليتيمة المهملة على مذهب سحنون وأما الذى يحكم عليه بحكم السفه مالم يظهر رشده فالابن بعد بلوغه فى حياة أبيه على المشهور فى المذهب وحال البكر ذات الاب التى لا وصى لها اذا تزوجت ودخل بها زوجها مالم يظهر رشدها ومالم تبلغ الحد المعتبر فى ذلك من السنين عند من يعتبر ذلك وكذلك اليتيمة التى لا وصى لها على مذهب من يرى ان أفعالها مردودة وأما الحال التى يحكم فيها بحكم الرشد حتى يتبين السفه فنها حال البكر المعنس عند من يعتبر التعنيس أو التى دخل بها زوجها ومضى لدخوله الحد المعتبر من السنين عند من يعتبر الحد وكذلك حال الابن ذى الاب اذا بلغ وجهلت حاله على احدى الروايتين والابنة البكر بعد بلوغها على الرواية التى لا يعتبر فيها دخول الزوج بها فهذه هى جل ما فى هذا الكتاب والفروع كثيرة

﴿ بسم الله الرحمن الرحيم وصلى الله على سيدنا محمد وآله وصحبه وسلم تسليما ﴾

﴿ كتاب التفليس ﴾

والنظر فى هذا الكتاب فيما هو الفلس وفى أحكام المفلس (فنقول) ان الافلاس فى الشرع يطلق على

معنيين أحدهما أن يستغرق الدين مال المدين فلا يكون في ماله وفاء بديونه والثاني أن لا يكون له مال معلوم أصلا وفي كلا الفلسين قد اختلف العلماء في أحكامهما فاما الحالة الاولى وهي اذا ظهر عند الحاكم من فلسه ماذكرنا فاختلف العلماء في ذلك هل للحاكم أن يحجر عليه التصرف في ماله حتى يبيعه عليه ويقسمه على الغرماء على نسبة ديونهم أم ليس له ذلك بل يحبسه حتى يدفع اليهم جميع ماله على أي نسبة اتفقت أو لمن اتفق منهم وهذا الخلاف بعينه يتصور فيمن كان له مال يفي بدينه فأبى أن ينصف غرماءه هل يبيع عليه الحاكم فيقسمه عليهم أم يحبسه حتى يعطيهم بيده ماعليه فالجمهور يقولون يبيع الحاكم ماله عليه فينصف منه غرماءه أو غريمه ان كان مليأ أو يحكم عليه بالافلاس ان لم يف ماله بديونه ويحجر عليه التصرف فيه وبه قال مالك والشافعي وبالقول الآخر قال أبو حنيفة وجماعة من أهل العراق وحجة مالك والشافعي حديث معاذ بن جبل أنه كثر دينه في عهد رسول الله صلى الله عليه وسلم فلم يزد غرماءه على ان جعله لهم من ماله وحديث أبي سعيد الخدري ان رجلا أصيب على عهد رسول الله صلى الله عليه وسلم في ثمر ابتاعها فكثر دينه فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم تصدقوا عليه فتصدق الناس عليه فلم يبلغ ذلك وفاء بدينه فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم خذوا ماوجدتم وليس لكم الا ذلك وحديث عمر في القضاء على الرجل المفلس في حبسه وقوله فيه أما بعد أيها الناس فان الاسيفع أسيفع جهينة رضي من دينه وأمانته بأن يقال سبق الحاج وانه ادان معرضا فأصبح قد رين عليه فمن كان له عليه دين فليأتنا وأيضا من طريق المعنى فانه اذا كان المريض محجورا عليه لمكان ورثته فأحرى أن يكون المدين محجورا عليه لمكان الغرماء وهذا القول هو الاظهر لانه أعدل والله أعلم وأما حجج الفريق الثاني الذين قالوا بالحبس حتى يعطي ماعليه أو يموت محبوسا فيبيع القاضي حينئذ عليه ماله ويقسمه على الغرماء فمنها حديث جابر بن عبد الله حين استشهد أبوه بأحد وعليه دين فلما طلبه الغرماء قال جابر فأتيت النبي صلى الله عليه وسلم فكلمته فسألهم ان يقبلوا مني حائطي ويحللوا أبي فأبوا فلم يعطهم رسول الله صلى الله عليه وسلم حائطي قال ولكن سأغدو عليك قال فغدا علينا حين أصبح فطاف بالنخل فدعا في ثمرها بالبركة قال فجذذتها فقضيت منها حقوقهم وبقي من ثمرها بقية وبما روى أيضا انه مات أسيد بن الحضير وعليه عشرة آلاف درهم فدعا عمر بن الخطاب غرماءه فقبلهم أرضه أربع سنين بما لهم عليه قالوا فهذه الآثار كلها ليس فيها انه بيع فيها أصل في دين قالوا ويدل على حبسه قوله صلى الله عليه وسلم لي الواجد يحل عرضه وعقوبته قالوا والعقوبة هي حبسه وربما شبهوا استحقاق أصول العقار عليه باستحقاق اجازته واذا قلنا ان المفلس محجور عليه فالنظر فيما اذا يحجر عليه وبأي ديون تكون المحاصة في ماله وفي أي شئ من ماله تكون المحاصة وكيف تكون فاما المفلس فله حالان حال في وقت الفلس قبل الحجر عليه وحال بعد الحجر فاما قبل الحجر فلا يجوز له اتلاف شئ من ماله عند مالك بغير عوض اذا كان مما لا يلزمه ومما لا تجري العادة بفعله وانما اشترط اذا كان مما لا يلزمه لان له أن يفعل مايلزمه بالشرع وان لم يكن بعوض كنفقته على الآباء المعسرين أو الابناء وانما قيل مما لم تجر العادة بفعله لان له اتلاف اليسير من ماله بغير عوض كالاضحية والنفقة في العيد والصدقة اليسيرة وكذلك تراعى العادة في انفاقه في عوض كالتزوج والنفقة على الزوجة ويجوز بيعه وابتياعه مالم تكن فيه محاباة

وكذلك يجوز اقراره بالدين لمن لايتهم عليه واختلف قول مالك فى قضاء بعض غرمائه دون بعض وفى رهنه وأما جمهور من قال بالحجر على المفلس فقالوا هو قبل الحكم كسائر الناس وانما ذهب الجمهور لهذا لان الاصل هو جواز الافعال حتى يقع الحجر ومالك كانه اعتبر المعنى نفسه وهو احاطة الدين بماله لكن لم يعتبره فى كل حال لانه يجوز بيعه وشراءه اذا لم يكن فيه محاباة ولايجوزه للمحجور عليه وأما حاله بعد التفليس فلايجوز له فيها عند مالك بيع ولاشراء ولاأخذ ولاعطاء ولايجوز اقراره بدين فى ذمته لقريب ولابعيد قيل الا أن يكون لواحد منهم بينة وقيل يجوز لمن يعلم منه اليه تقاض واختلف فى اقراره بمال معين مثل القراض والوديعة على ثلاثة أقوال فى المذهب بالجواز والمنع والثالث بالفرق بين أن يكون على أصل القراض أو الوديعة بينة أولا تكون فقيل ان كانت صدق وان لم تكن لم يصدق واختلفوا من هذا الباب فى ديون المفلس المؤجلة هل تحل بالتفليس أم لا فذهب مالك الى أن التفليس فى ذلك كالموت وذهب غيره الى خلاف ذلك وجمهور العلماء على ان الديون تحل بالموت قال ابن شهاب مضت السنة بان دينه قد حل حين مات وحجتهم ان الله تبارك وتعالى لم يبح التوارث الا بعد قضاء الدين فالورثة فى ذلك بين أحد أمرين اما أن لا يريدوا ان يؤخروا حقوقهم فى المواريث الى محل أجل الدين فيلزم ان يجعل الدين حالا واما ان يرضوا بتأخير ميراثهم حتى تحل الديون فتكون الديون حينئذ مضمونة فى التركة خاصة لافى ذممهم بخلاف ما كان عليه الدين قبل الموت لانه كان فى ذمة الميت وذلك يحسن فى حق ذى الدين ولذلك رأى بعضهم انه ان رضى الغرماء بتحمله فى ذممهم أبقيت الديون الى أجلها وممن قال بهذا القول ابن سيرين واختاره أبو عبيد من فقهاء الامصار لكن لايشبه الفلس فى هذا المعنى الموت كل الشبه وان كانت كلا الذمتين قد خربت فان ذمة المفلس يرجى الملاها بخلاف ذمة الميت وأما النظر فيما يرجع به أصحاب الديون من مال المفلس فان ذلك يرجع الى الجنس والقدر اما ما كان قد ذهب عين العوض الذى استوجب من قبله الغريم على المفلس فان دينه فى ذمة المفلس واما اذا كان عين العوض باقيا بعينه لم يفت الا انه لم يقبض ثمنه فاختلف فى ذلك فقهاء الامصار على أربعة أقوال الاول ان صاحب السلعة أحق بها على كل حال الا ان يتركها ويختار المحاصة وبه قال الشافعى وأحمد وأبو ثور والقول الثانى ينظر الى قيمة السلعة يوم الحكم بالتفليس فان كانت أقل من الثمن خير صاحب السلعة بين ان يأخذها أو يحاص الغرماء وان كانت أكثر أو مساوية للثمن أخذها بعينها وبه قال مالك وأصحابه والقول الثالث تقوم السلعة يوم التفليس فان كانت قيمتها مساوية للثمن أو أقل منه قضى له بها أعنى للبائع وان كانت أكثر دفع اليه مقدار ثمنه ويتحاصون فى الباقى وبهذا القول قال جماعة من أهل الاثر والقول الرابع انه اسوة الغرماء فيها على كل حال وهو قول أبى حنيفة وأهل الكوفة والاصل فى هذه المسئلة ماثبت من حديث أبى هريرة أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال أيما رجل أفلس فادرك الرجل ماله بعينه فهو أحق به من غيره وهذا الحديث خرجه مالك والبخارى ومسلم وألفاظهم متقاربة وهذا اللفظ لمالك فمن هؤلاء من حمله على عمومه وهو الفريق الاول ومنهم من خصصه بالقياس وقالوا ان معقوله انما هو الرفق بصاحب السلعة لكون سلعته باقية وأكثر مافى ذلك ان يأخذ الثمن الذى باعها به فاما ان يعطى فى هذه الحال الذى اشترك فيها مع الغرماء أكثر من ثمنها فذلك مخالف لاصول الشرع وبخاصة اذا كان للغرماء

أخذها بالثمن كما قال مالك واما أهل الكوفة فردوا هذا الحديث بجملته لمخالفته للاصول المتواترة على طريقتهم فى رد خبر الواحد اذا خالف الاصول المتواترة لكون خبر الواحد مظنونا والاصول يقينية مقطوع بها كما قال عمر فى حديث فاطمة بنت قيس ما كنا لندع كتاب الله وسنة نبينا لحديث امرأة ورووا عن على انه قضى بالسلعة للمفلس وهو رأى ابن سيرين وابراهيم من التابعين وربما احتجوا بان حديث أبى هريرة مختلف فيه وذلك أن الزهرى روى عن أبى بكر بن عبد الرحمن عن أبى هريرة أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال أيما رجل مات أو أفلس فوجد بعض غرمائه ماله بعينه فهو اسوة الغرماء وهذا الحديث أولى لانه موافق للاصول الثابتة قالوا وللجمع بين الحديثين وجه وهو حمل ذلك الحديث على الوديعة والعارية الا أن الجمهور دفعوا هذا التأويل بما ورد فى لفظ حديث أبى هريرة فى بعض الروايات من ذكر البيع وهذا كله عند الجميع بعد قبض المشترى السلعة فأما قبل القبض فالعلماء متفقون أهل الحجاز وأهل العراق أن صاحب السلعة أحق بها لانها فى ضمانه واختلف القائلون بهذا الحديث اذا قبض البائع بعض الثمن فقال مالك ان شاء أن يرد ما قبض ويأخذ السلعة كلها وان شاء حاص الغرماء فيما بقى من سلعته وقال الشافعى بل يأخذ ما بقى من سلعته بما بقى من الثمن وقالت جماعة من أهل العلم داود واسحاق وأحمد ان قبض من الثمن شيأ فهو اسوة الغرماء وحجتهم ما روى مالك عن ابن شهاب عن أبى بكر بن عبد الرحمن أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال أيما رجل باع متاعا فأفلس الذى ابتاعه ولم يقبض الذى باعه شيأ فوجده بعينه فهو أحق به وان مات الذى ابتاعه فصاحب المتاع اسوة الغرماء وهو حديث وان أرسله مالك فقد أسنده عبد الرزاق وقد روى من طريق الزهرى عن أبى هريرة فيه زيادة بيان وهو قوله فيه فان كان قبض من ثمنه شيأ فهو اسوة الغرماء ذكره أبو عبيد فى كتابه فى الفقه وخرجه وحجة الشافعى ان كل السلعة أو بعضها فى الحكم واحد ولم يختلفوا أنه اذا فوت المشترى بعضها ان البائع أحق بالمقدار الذى أدرك من سلعته الا عطاء فانه قال اذا فوت المشترى بعضها كان البائع اسوة الغرماء واختلف الشافعى ومالك فى الموت هل حكمه حكم الفلس أم لا فقال مالك هو فى الموت اسوة الغرماء بخلاف الفلس وقال الشافعى الامر فى ذلك واحد وعمدة مالك ما رواه عن ابن شهاب عن أبى بكر وهو نص فى ذلك وأيضا من جهة النظر ان فرقا بين الذمة فى الفلس والموت وذلك أن الفلس يمكن أن تثرى حاله فيتبعه غرماؤه بما بقى عليه وذلك غير متصور فى الموت وأما الشافعى فعمدته ما رواه ابن أبى ذئب بسنده عن أبى هريرة قال قال رسول الله صلى الله عليه وسلم أيما رجل مات أو أفلس فصاحب المتاع أحق به فسوى فى هذه الرواية بين الموت والفلس قال وحديث ابن أبى ذئب أولى من حديث ابن شهاب لان حديث ابن شهاب مرسل وهذا مسند ومن طريق المعنى فهو مال لا تصرف فيه لمالكه الا بعد أداء ما عليه فأشبه مال المفلس وقياس مالك أقوى من قياس الشافعى وترجيح حديثه على حديث ابن أبى ذئب من جهة أن موافقة القياس له أقوى وذلك ان ما وافق من الاحاديث المتعارضة قياس المعنى فهو أقوى مما وافقه قياس الشبه أعنى أن القياس الموافق لحديث الشافعى هو قياس شبه والموافق لحديث مالك قياس معنى ومرسل مالك خرجه عبد الرزاق فسبب الخلاف تعارض الآثار فى هذا المعنى والمقاييس وأيضا فان الاصل يشهد لقول مالك فى الموت أعنى ان من

باع شيأ فليس يرجع اليه فمالك رحمه الله أقوى في هذه المسئلة والشافعي انما ضعف عنده فيها قول مالك لما روى من المسند والمرسل عنده لايجب العمل به واختلف مالك والشافعي فمين وجد سلعته بعينها عند المفلس وقد أحدث زيادة مثل أن تكون أرضا يغرسها أو عرصة يبنيها فقال مالك العمل الزائد فيها هو فوت ويرجع صاحب السلعة شريك الغرماء وقال الشافعي بل يخير البائع بين ان يعطى قيمة ما أحدث المشترى في سلعته ويأخذها أو أن يأخذ أصل السلعة ويحاص الغرماء في الزيادة وما يكون فوتا مما لايكون فوتا في مذهب مالك منصوص في كتبه المشهورة وتحصيل مذهب مالك فيما يكون الغريم به أحق من سائر الغرماء في الموت والفلس أو في الفلس دون الموت أن الاشياء المبيعة بالدين تنقسم في التفليس ثلاثة أقسام عرض يتعين وعين اختلف فيه هل يتعين فيه أم لا وعمل لايتعين فأما العرض فان كان في يد بائعه لم يسلمه حتى أفلس المشترى فهو أحق به في الموت والفلس وهذا مالا خلاف فيه وان كان قد دفعه الى المشترى ثم أفلس وهو قائم بيده فهو أحق به من الغرماء في الفلس دون الموت ولهم عنده أن يأخذوا سلعته بالثمن وقال الشافعي ليس لهم وقال أشهب لا يأخذونها الا بزيادة يحطونها عن المفلس وقال ابن الماجشون ان شاؤا كان الثمن من أموالهم أو من مال الغريم وقال ابن كنانة بل يكون من أموالهم وأما العين فهو أحق بها في الموت أيضا والفلس ما كان بيده واختلف اذا دفعه الى بائعه فيه ففلس أو مات وهو قائم بيده يعرف بعينه فقيل انه أحق به كالعروض في الفلس دون الموت وهو قول ابن القاسم وقيل انه لاسبيل له عليه وهو اسوة الغرماء وهو قول أشهب والقولان جاريان على الاختلاف في تعيين العين وأما ان لم يعرف بعينه فهو اسوة الغرماء في الموت والفلس وأما العمل الذى لا يتعين فان أفلس المستأجر قبل أن يستوفى عمل الاجير كان الاجير أحق بما عمله في الموت والفلس جميعا كالسلعة اذا كانت بيد البائع في وقت الفلس وان كان فلسه بعد ان استوفى عمل الاجير فالاجير اسوة الغرماء باجرته التى شارطه عليها في الفلس والموت جميعا على أظهر الاقوال الا أن تكون بيده السلعة التى استؤجر على عملها فيكون أحق بذلك في الموت والفلس جميعا لانه كالرهن بيده فان أسلمه كان اسوة الغرماء بعمله الا أن يكون له فيه شئ أخرجه فيكون أحق به في الفلس دون الموت وكذلك الامر عنده في فلس مكترى الدواب ان استكرى أحق بما عليه من المتاع في الموت والفلس جميعا وكذلك مكترى السفينة وهذا كله شبهه مالك بالرهن وبالجملة فلا خلاف في مذهبه أن البائع أحق بما في يديه في الموت والفلس وأحق بسلعته القائمة الخارجة عن يده في الفلس دون الموت وانه اسوة الغرماء في سلعته اذا فاتت وعلى ما يشبه حال الاجير عند أصحاب مالك وبالجملة البائع منفعة بالبائع الرقبة فمرة يشبهون المنفعة التى عمل بالسلعة التى لم يقبضها المشترى فيقولون هو أحق بها في الموت والفلس ومرة يشبهونه بالتى خرجت من يده ولم يمت فيقولون هو أحق بها في الفلس دون الموت ومرة يشبهون ذلك بالموت الذى فاتت فيه فيقولون هو اسوة الغرماء ومثال ذلك اختلافهم فيمن استؤجر على سقى حائط فسقاه حتى أثمر الحائط ثم أفلس المستأجر فانهم قالوا فيه الثلاثة الاقوال وتشبيه بيع المنافع في هذا الباب ببيع الرقاب هو شئ فيما أحسب انفرد به مالك دون فقهاء الامصار وهو ضعيف لان قياس الشبه المأخوذ من الموضع المفارق للاصول يضعف ولذلك ضعف عند قوم القياس على موضع الرخص ولكن ان قدح هنالك قياس علة فهو أقوى ولعل

المالكية تدعى وجود هذا المعنى فى هذا القياس لكن هذا كله ليس يليق بهذا المختصر ومن هذا الباب اختلافهم فى العبد المفلس المأذون له فى التجارة هل يتبع بالدين فى رقبته أم لا فذهب مالك وأهل الحجاز الى أنه انما يتبع بما فى يده لا فى رقبته ثم ان أعتق اتبع بما بقى عليه ورأى قوم انه يباع ورأى قوم أن الغرماء يخيرون بين بيعه و بين أن يسعى فيما بقى عليه من الدين و به قال شريح وقالت طائفة بل يلزم سيده ماعليه وان لم يشترطه فالذين لم يروا بيع رقبته قالوا انما عامل الناس على مافى يده فأشبه الحر والذين رأوا بيعه شبهوا ذلك بالجنايات التى يجنى وأما الذين رأوا الرجوع على السيد بما عليه من الدين فانهم شبهوا ماله بمال السيد اذ كان له انتزاعه فسبب الخلاف هو تعارض أقيسة الشبه فى هذه المسألة ومن هذا المعنى اذا أفلس العبد والمولى معا بأى يبدأ هل بدين العبد أم بدين المولى فالجمهور يقولون بدين العبد لان الذين داينوا العبد انما فعلوا ذلك ثقة بما رأوا عند العبد من المال والذين داينوا المولى لم يعتدوا بمال العبد ومن رأى البدء بالمولى قال لان مال العبد هو فى الحقيقة للمولى فسبب الخلاف تردد مال العبد بين أن يكون حكمه حكم مال الاجنبى أو حكم مال السيد واما قدر مايترك للمفلس من ماله فقيل فى المذهب يترك له مايعيش به هو وأهله وولده الصغار الايام وقال فى الواضحة والعتبية الشهر ونحوه و يترك له كسوة مثله وتوقف مالك فى كسوة زوجته لكونها هل تجب لها بعوض مقبوض وهو الاستمتاع بها أو بغير عوض وقال سحنون لايترك له كسوة زوجته وروى ابن نافع عن مالك انه لايترك له الامايواريه وبه قال ابن كنانة واختلفوا فى بيع كتب العلم عليه على قولين وهذا مبنى على كراهية بيع كتب الفقه أو لا كراهية ذلك وأما معرفة الديون التى يحاص بها من الديون التى لايحاص بها على مذهب مالك فانها تنقسم أولا الى قسمين أحدهما أن تكون واجبة عن عوض والثانى أن تكون واجبة من غير عوض فاما الواجبة عن عوض فانها تنقسم الى عوض مقبوض والى عوض غير مقبوض فاما ما كانت عن عوض مقبوض وسواء كانت مالا أو أرش جناية فلا خلاف فى المذهب ان محاصة الغرماء بها واجبة وأما ما كان عن عوض غير مقبوض فان ذلك ينقسم خمسة أقسام أحدها ان لايمكنه دفع العوض بحال كنفقة الزوجات لما يأتى من المدة والثانى ان لايمكنه دفع العوض ولكن يمكنه دفع مايستوفى فيه مثل أن يكترى الرجل الدار بالنقد أو يكون العرف فيه النقد ففلس المكترى قبل أن يسكن أو بعد ماسكن بعض السكنى وقبل أن يدفع الكراء والثالث أن يكون دفع العوض يمكنه و يلزمه كرأس مال السلم اذا أفلس المسلم اليه قبل دفع رأس المال والرابع أن يكون يمكنه دفع العوض ولا يلزمه مثل السلعة اذا باعها ففلس المبتاع قبل ان يدفعها اليه البائع والخامس أن لايكون اليه تعجيل دفع العوض مثل ان يسلم الرجل الى الرجل دنانير فى عروض الى أجل فيفلس المسلم قبل أن يدفع رأس المال وقبل أن يحل أجل السلم فاما الذى لايمكنه دفع العوض بحال فلا محاصة فى ذلك الا فى مهور الزوجات اذا فلس الزوج قبل الدخول وأما الذى لايمكنه دفع العوض و يمكنه دفع مايستوفى منه مثل المكترى يفلس قبل دفع الكراء فقيل للمكرى المحاصة بجميع الثمن واسلام الدار للغرماء وقيل ليس له الا المحاصة بما سكن و يأخذ داره وان كان لم يسكن فليس له الا أخذ داره واما ما يمكنه دفع العوض و يلزمه وهو اذا كان العوض عينا فقيل يحاص به الغرماء فى الواجب له بالعوض و يدفعه فقيل هو أحق به وعلى هذا لايلزمه دفع العوض واما ما يمكنه دفع العوض

ولا يلزمه فهو بالخيار بين المحاصة والامساك وذلك هو اذا كان العوض عينا واما اذا لم يكن اليه تعجيل العوض مثل أن يفلس المسلم قبل ان يدفع رأس المال وقبل أن يحل أجل السلم فان رضى المسلم اليه ان يعجل العروض ويحاصص الغرماء برأس مال السلم فذلك جائز ان رضى بذلك الغرماء فان أبى ذلك أحد الغرماء حاص الغرماء برأس المال الواجب له فيما وجد للغريم من مال وفى العروض التى عليه اذا حلت لانها من مال المفلس وان شاؤا أن يبيعوها بالنقد ويتحاصوا فيها كان ذلك لهم وأما ما كان من الحقوق الواجبة عن غير عوض فان ما كان منها غير واجب بالشرع بل بالالتزام كالهبات والصدقات فلا محاصة فيها وأما ما كان منها واجبا بالشرع كنفقة الآباء والابناء ففيها قولان أحدهما ان المحاصة لا تجب بها وهو قول ابن القاسم والثانى انها تجب بها اذا لزمت بحكم من السلطان وهو قول أشهب وأما النظر الخامس وهو معرفة وجه التحاص فان الحكم فى ذلك أن يصرف مال الغريم من جنس ديون الغرماء وسواء كان مال الغرماء من جنس واحد أومن أجناس مختلفة اذ كان لا يقتضى فى الديون الا ما هو من جنس الدين الا أن يتفقوا من ذلك على شئ يجوز واختلفوا من هذا الباب فى فرع طارئ وهو اذا هلك مال المحجور عليه بعد الحجر وقبل قبض الغرماء ممن مصيبته فقال أشهب مصيبته من المفلس وقال ابن الماجشون مصيبته من الغرماء اذا وقفه السلطان وقال ابن القاسم ما يحتاج الى بيعه فضمانه من الغريم لانه انما يباع على ملكه وما لا يحتاج الى بيعه فضمانه من الغرماء مثل أن يكون المال عينا والدين عينا وكلهم روى قوله عن مالك وفرق أصبغ بين الموت والفلس فقال المصيبة فى الموت من الغرماء وفى الفلس من المفلس فهذا هو القول فى أصول أحكام المفلس الذى له من المال ما لا يفى بديونه وأما المفلس الذى لا مال له أصلا فان فقهاء الامصار مجمعون على أن العدم له تأثير فى اسقاط الدين الى وقت ميسرته الا ما حكى عن عمر بن عبد العزيز ان لهم ان يؤاجروه وقال به أحد من فقهاء الامصار وكلهم مجمعون على أن المدين اذا ادعى الفلس ولم يعلم صدقه انه يحبس حتى يتبين صدقه أو يقر له بذلك صاحب الدين فاذا كان ذلك خلى سبيله وحكى عن أبى حنيفة ان لغرمائه ان يدوروا معه حيث دار وانما صار الكل الى القول بالحبس فى الديون وان كان لم يأت فى ذلك أثر صحيح لان ذلك أمر ضرورى فى استيفاء الناس حقوقهم بعضهم من بعض وهذا دليل على القول بالقياس الذى يقتضى المصلحة وهو الذى يسمى بالقياس المرسل وقد روى أن النبي عليه الصلاة والسلام حبس رجلا فى تهمة خرجه فيما أحسب أبو داود والمحجورون عند مالك السفهاء والمفلسون والعبيد والمرضى والزوجة فيما فوق الثلث لانه يرى أن للزوج حقا فى المال وخالفه فى ذلك الأكثر وهذا القدر كاف بحسب غرضنا فى هذا الكتاب

﴿ بسم الله الرحمن الرحيم وصلى الله على سيدنا محمد وآله وصحبه وسلم تسليما ﴾

﴿ كتاب الصلح ﴾

والأصل فى هذا الكتاب قوله تعالى (والصلح خير) وما روى عن النبي عليه السلام مرفوعا وموقوفا على عمر امضاء الصلح جائز بين المسلمين الا صلحا أحل حراما أو حرم حلالا واتفق المسلمون على جوازه

على الاقرار واختلفوا فى جوازه على الانكار فقال مالك وأبو حنيفه يجوز على الانكار وقال الشافعى لايجوز على الانكار لانه من أكل المال بالباطل من غير عوض والمالكية تقول فيه عوض وهو سقوط الخصومه واندفاع اليمين عنه ولا خلاف فى منهب مالك أن الصلح الذى يقع على الاقرار يراعى فى صحته مايراعى فى البيوع فيفسد بما تفسد به البيوع من أنواع الفساد الخاص بالبيوع ويصح بصحته وهذا هو مثل ان يدعى انسان على آخر دراهم فيصالحه عليها بعد الاقرار بدنانير نسيئه وما أشبه هذا من البيوع الفاسدة من قبل الربا والغرر وأما الصلح على الانكار فالمشهور فيه عن مالك وأصحابه أنه يراعى فيه من الصحة مايراعى فى البيوع مثل ان يدعى انسان على آخر دراهم فينكر ثم يصالحه عليها بدنانير مؤجلة فهذا لايجوز عند مالك وأصحابه وقال أصبغ هو جائز لأن المكروه فيه من الطرف الواحد وهو من جهة الطالب لأنه يعترف أنه أخذ دنانير نسيئة فى دراهم حلت له وأما الدافع فيقول هى هبة منى وأما ان ارتفع المكروه من الطرفين مثل أن يدعى كل واحد منهما على صاحبه دنانير أو دراهم فينكر كل واحد منهما صاحبه ثم يصطلحان على أن يؤخر كل واحد منهما صاحبه فيما يدعيه قبله الى أجل فهذا عندهم هو مكروه أما كراهيته فخافة أن يكون كل واحد منهما صادقا فيكون كل واحد منهما قد أنظر صاحبه لانظار الآخر اياه فيدخله أسلفنى وأسلفك وأما وجه جوازه فلان كل واحد منهما انما يقول مافعلت انما هو تبرع منى وما كان يجب على شئ وهذا النحو من البيوع قيل انه يجوز اذا وقع وقال ابن الماجشون يفسخ اذا وقع عليه اثر عمده فان طال مضى فالصلح الذى يقع فيه مالايجوز فى البيوع هو فى منهب مالك على ثلاثة أقسام صلح يفسخ باتفاق وصلح يفسخ باختلاف وصلح لايفسخ باتفاق ان طال وان لم يطل فيه اختلاف

﴿ بسم الله الرحمن الرحيم وصلى الله على سيدنا محمد وآله وصحبه وسلم تسليما ﴾

﴿ كتاب الكفالة ﴾

واختلف العلماء فى نوعها وفى وقتها وفى الحكم اللازم عنها وفى شروطها وفى صفة لزومها وفى محلها ولها أسماء كفالة وحمالة وضمانة وزعامة فأما أنواعها فنوعان حمالة بالنفس وحمالة بالمال أما الحمالة بالمال فثابتة بالسنة ومجمع عليها من الصدر الأول ومن فقهاء الأمصار وحكى عن قوم أنها ليست لازمة تشبيها بالعدة وهو شاذ والسنة التى صار اليها الجمهور فى ذلك هو قوله عليه السلام الزعيم غارم وأما الحمالة بالنفس وهى التى تعرف بضمان الوجه فجمهور فقهاء الأمصار على جواز وقوعها شرعا اذا كانت بسبب المال وحكى عن الشافعى فى الجديد انها لاتجوز وبه قال داود وحجتهما قوله تعالى (معاذ الله أن نأخذ الا من وجدنا متاعنا عنده) ولانها كفالة بنفس فاشبهت الكفالة فى الحدود وحجة من أجازها عموم قوله عليه السلام الزعيم غارم وتعلقوا ايضا بان فى ذلك مصلحة وأنه مروى عن الصدر الأول وأما الحكم اللازم عنها فجمهور القائلين بحمالة النفس متفقون على أن المتحمل عنه اذا مات لم يلزم الكفيل بالوجه شئ وحكى عن بعضهم لزوم ذلك وفرق ابن القاسم بين أن يموت الرجل حاضرا أو غائبا فقال ان مات حاضرا لم يلزم الكفيل شئ وان مات غائبا نظر فان كانت المسافة التى بين البلدين مسافة يمكن الحميل فيها احضاره فى الأجل المضروب له فى احضاره وذلك نحو اليومين الى الثلاثه ففرط غرم والا لم يغرم واختلفوا اذا غاب المتحمل عنه ماحكم الحميل بالوجه على ثلاثة أقوال القول الأول أنه يلزمه أن يحضره أو يغرم وهو قول مالك وأصحابه وأهل

المدينة والقول الثانى أنه يحبس الحميل الى أن يأتى به أو تعلم موته وهو قول أبى حنيفة وأهل العراق والقول الثالث أنه ليس عليه الا أن يأتى به اذا علم موضعه ومعنى ذلك أن لا يكلف احضاره الا مع العلم بالقدرة على احضاره فان ادعى الطالب معرفة موضعه على الحميل وأنكر الحميل كلف الطالب بيان ذلك قالوا ولا يحبس الحميل الا اذا كان المتحمل عنه معلوم الموضع فيكلف حينئذ احضاره وهذا القول حكاه أبو عبيد القاسم بن سلام فى كتابه فى الفقه عن جماعة من لناس واختاره وعمدة مالك ان المتحمل بالوجه غار لصاحب الحق فوجب عليه الغرم اذا غاب وربما احتج لهم بما روى عن ابن عباس ان رجلا سأل غريمه أن يؤدى اليه ماله أو يعطيه حميلا فلم يقدر حتى حاكمه الى النبى عليه السلام فتحمل عنه رسول الله صلى الله عليه وسلم ثم أدى المال اليه قالوا فهذا غرم فى الحمالة المطلقة وأما أهل العراق فقالوا انما يجب عليه احضار ما تحمل به وهو النفس فليس يجب أن يتعدى ذلك الى المال الا لو شرطه على نفسه وقد قال عليه السلام المؤمنون عند شروطهم فانما عليه أن يحضره أو يحبس فيه فكما انه اذا ضمن المال فانما عليه أن يحضر المال أو يحبس فيه كذلك الأمر فى ضمان الوجه وعمدة الفريق الثالث أنه انما يلزمه احضاره اذا كان احضاره له مما يمكن وحينئذ يحبس اذا لم يحضره وأما اذا علم أن احضاره له غير ممكن فليس يجب عليه احضاره كما انه اذا مات ليس عليه احضاره قالوا ومن ضمن الوجه فاغرم المال فهو أحرى أن يكون مغرورا من أن يكون غارا فأما اذا اشترط الوجه دون المال وصرح بالشرط فقد قال مالك ان المال لا يلزمه ولا خلاف فى هذا فيما أحسب لانه كان يكون قد ألزم ضد ما شرط فهذا هو حكم ضمان الوجه وأما حكم ضمان المال فان الفقهاء متفقون على أنه اذا عدم المضمون أو غاب ان الضامن غارم واختلفوا اذا حضر الضامن والمضمون وكلاهما موسر فقال الشافعى وأبو حنيفة وأصحابهما والثورى والاوزاعى وأحمد واسحق للطالب أن يؤاخذ من شاء الكفيل أو المكفول وقال مالك فى أحد قوليه ليس له أن يأخذ الكفيل مع وجود المتكفل عنه وله قول آخر مثل قول الجمهور وقال أبو ثور الحمالة والكفالة واحدة ومن ضمن عن رجل مالا لزمه و برئ المضمون ولا يجوز أن يكون مال واحد على اثنين وبه قال ابن أبى ليلى وابن شبرمة ومن الحجة لما رأى ان الطالب يجوز له مطالبة الضامن كان المضمون عنه غائبا أو حاضرا غنيا أو عديما حديث قبيصة بن المخارق قال تحملت حمالة فأتيت النبى صلى الله عليه وسلم فسألته عنها فقال نخرجها عنك من ابل الصدقة يا قبيصة ان المسئلة لا تحل الا فى ثلاث وذكر رجلا تحمل حمالة رجل حتى يؤديها ووجه الدليل من هذا أن النبى صلى الله عليه وسلم أباح المسئلة للمتحمل دون اعتبار حال المتحمل عنه وأما محل الكفالة فهى الاموال عند جمهور أهل العلم لقوله عليه السلام الزعيم غارم أعنى كفالة المال وكفالة الوجه وسواء تعلقت الاموال من قبل أموال أو من قبل حدود مثل المال الواجب فى قتل الخطأ أو الصلح فى قتل العمد أو السرقة التى ليس تتعلق بها قطع وهى ما دون النصاب أو من غير ذلك وروى عن أبى حنيفة اجازة الكفالة فى الحدود والقصاص أو فى القصاص دون الحدود وهو قول عثمان البتى أعنى كفالة النفس وأما وقت وجوب الكفالة بالمال أعنى مطالبته بالكفيل فاجمع العلماء على ان ذلك بعد ثبوت الحق على المكفول اما باقرار واما بينة وأما وقت وجوب الكفالة بالوجه فاختلفوا هل تلزم قبل اثبات الحق أم لا فقال قوم انها لا تلزم قبل اثبات الحق بوجه من الوجوه

وهو قول شريح القاضى والشعبى وبه قال سحنون من أصحاب مالك وقال قوم بل يجب أخذ الكفيل بالوجه على اثبات الحق وهؤلاء اختلفوا متى يلزم ذلك والى كم من المدة يلزم فقال قوم ان أتى بشبهة قوية مثل شاهد واحد لزمه ان يعطى ضامنا بوجهه حتى يلوح حقه والالم يلزمه الكفيل الأأن يذكر بينة حاضرة فى المصر فيعطيه حميلا من الخمسة الايام الى الجمعة وهو قول ابن القاسم من أصحاب مالك وقال أهل العراق لايؤخذ عليه حميل قبل ثبوت الحق الأأن يدعى بينة حاضرة فى المصر نحو قول ابن القاسم الا انهم حدوا ذلك بالثلاثة الايام يقولون انه ان أتى بشبهة لزمه أن يعطيه حميلا حتى يثبت دعواه أو تبطل وقد أنكروا الفرق فى ذلك والفرق بين الذى يدعى البينة الحاضرة والغائبة وقالوا لايؤخذ حميل على أحد الا ببينة وذلك الى بيان صدق دعواه أو ابطالها وسبب هذا الاختلاف تعارض وجه العدل بين الخصمين فى ذلك فانه اذا لم يؤخذ عليه ضامن بمجرد الدعوى لم يؤمن ان يغيب بوجهه فيعنت طالبه واذا أخذ عليه لم يؤمن ان تكون الدعوى باطلة فيعنت المطلوب ولهذا فرق من فرق بين دعوى البينة الحاضرة والغائبة وروى عن عراك بن مالك قال أقبل نفر من الاعراب معهم ظهر فصحبهم رجلان فباتامعهم فأصبح القوم وقد فقدوا كذا وكذا من ابلهم فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم لاحد الرجلين اذهب واطلب وحبس الآخر فجاء بماذهب فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم لاحد الرجلين استغفر لى فقال غفر الله لك قال وأنت فغفر الله لك وقتلك فى سبيله خرج هذا الحديث أبو عبيد فى كتابه فى الفقه قال وحمله بعض العلماء على ان ذلك كان من رسول الله حبسا قال ولا يعجبنى ذلك لأنه لا يجب الحبس بمجرد الدعوى وانما هو عندى من باب الكفالة بالحق الذى لم يجب اذا كانت هنالك شبهة لمكان صحبتهما لهم فأما أصناف المضمونين فليس يلحق من قبل ذلك اختلاف مشهور لاختلافهم فى ضمان الميت اذا كان عليه دين ولم يترك وفاء بدينه فأجازه مالك والشافعى وقال أبو حنيفة لايجوز واستدل أبو حنيفة من قبل ان الضمان لايتعلق بمعدوم قطعا وليس كذلك المفلس واستدل من رأى ان الضمان يلزمه بما روى أن النبى عليه الصلاة والسلام كان فى صدر الاسلام لايصلى على من مات وعليه دين حتى يضمن عنه والجمهور يصح عندهم كفالة المحبوس والغائب ولايصح عند أبى حنيفة وأما شروط الكفالة فان أباحنيفة والشافعى يشترطان فى وجوب رجوع الضامن على المضمون بما أدى عنه أن يكون الضمان باذنه ومالك لايشترط ذلك ولاتجوز عند الشافعى كفالة المجهول ولا الحق الذى لم يجب بعد وكل ذلك لازم وجائز عند مالك وأصحابه وأما ماتجوز فيه الحمالة بالمال ممالاتجوز فانها تجوز عند مالك بكل مال ثابت فى الذمة الا الكتابة ومالا يجوز فيه التأخير ومايستحق شيأ فشيأ مثل النفقات على الازواج وماشا كلها

﴿ بسم الله الرحمن الرحيم وصلى الله على سيدنا محمد وآله وصحبه وسلم تسليما ﴾

﴿ كتاب الحوالة ﴾

والحوالة معاملة صحيحة مستثناة من الدين بالدين لقوله عليه الصلاة والسلام مطل الغنى ظلم واذا أحيل أحدكم على غنى فليستحل والنظر فى شروطها وفى حكمها فمن الشروط اختلافهم فى اعتبار رضا المحال والمحال عليه فمن الناس من اعتبر رضا المحال ولم يعتبر رضا المحال عليه وهو مالك ومن الناس من اعتبر

رضاهما معا ومن الناس من لم يعتبر رضا المحال واعتبر رضا المحال عليه وهو نقيض مذهب مالك وبه قال داود فمن رأى أنها معاملة اعتبر رضا الصنفين ومن انزل المحال عليه من المحال منزلته من المحيل لم يعتبر رضاه معه كما لا يعتبره مع المحيل اذا طلب منه حقه ولم يحل عليه أحدا وأما داود فحجته ظاهر قوله عليه الصلاة والسلام واذا أحيل أحدكم على ملىء فليتبع والأمر على الوجوب وبقى المحال عليه على الأصل وهو اشتراط اعتبار رضاه ومن الشروط التى اتفق عليها فى الجملة كون ما على المحال عليه مجانسا لما على المحيل قدرا ووصفا الا أن منهم من أجازها فى الذهب والدراهم فقط ومنعها فى الطعام والذين منعوها فى ذلك رأوا أنها من باب بيع الطعام قبل ان يستوفى لأنه باع الطعام الذى كان له على غريمه بالطعام الذى كان عليه وذلك قبل ان يستوفيه من غريمه وأجاز ذلك مالك اذا كان الطعامان كلاهما من قرض اذا كان دين المحال حالا وأما ان كان أحدهما من سلم فانه لا يجوز الا أن يكون الدينان حالين وعند ابن القاسم وغيره من أصحاب مالك يجوز ذلك اذا كان الدين المحال به حالا ولم يفرق بين ذلك الشافعى لأنه كالبيع فى ضمان المستقرض وانما رخص مالك فى القرض لأنه يجوز عنده بيع القرض قبل أن يستوفى وأما أبو حنيفة فأجاز الحوالة بالطعام وشبهها بالدراهم وجعلها خارجة عن الاصول كخروج الحوالة بالدراهم والمسئلة مبنية على ان ماشذ عن الاصول هل يقاس عليه أم لا والمسئلة مشهورة فى أصول الفقه وللحوالة عند مالك ثلاثة شروط أحدها ان يكون دين المحال حالا لأنه ان لم يكن حالا كان دينا بدين والثانى ان يكون الدين الذى يحيله به مثل الذى يحيله عليه فى القدر والصفة لأنه اذا اختلفا فى أحدهما كان بيعا ولم تكن حوالة فخرج من باب الرخصة الى باب البيع واذا خرج الى باب البيع دخله الدين بالدين والشرط الثالث ان لا يكون الدين طعاما من سلم أو أحدهما ولم يحل الدين المستحال به على مذهب ابن القاسم واذا كان الطعامان جميعا من سلم فلا تجوز الحوالة بأحدهما على الآخر حلت الآجال أو لم تحل أو حل أحدهما ولم يحل الآخر لأنه يدخله بيع الطعام قبل أن يستوفى كما قلنا لكن أشهب يقول ان استوت رؤس أموالهما جازت الحوالة وكانت تولية وابن القاسم لا يقول ذلك كالحال اذا اختلفت ويتنزل المحال فى الدين الذى أحيل عليه منزلة من أحاله ومنزلته فى الدين الذى أحاله به وذلك فيما يريد أن يأخذ بدله منه أو يبيعه له من غيره أعنى انه لا يجوز له من ذلك الا ما يجوز له مع الذى أحاله وما يجوز للذى أحاله مع الذى أحاله عليه ومثال ذلك ان احتال بطعام كان له من قرض فى طعام من سلم أو بطعام من سلم فى طعام من قرض لم يجز له ان يبيعه من غيره قبل قبضه منه لانه ان كان احتال بطعام كان من قرض فى طعام من سلم نزل منزلة المحيل فى انه لا يجوز له بيع ما على غريمه قبل ان يستوفيه لكونه طعاما من بيع وان كان احتال بطعام من سلم فى طعام من قرض نزل من المحتال عليه منزلته مع من أحاله أعنى انه كما انه ما كان يجوز له أن يبيع الطعام الذى كان على غريمه المحيل له قبل أن يستوفيه كذلك لا يجوز أن يبيع الطعام الذى أحيل عليه وان كان من قرض وهذا كله مذهب مالك وأدلة هذه الفروق ضعيفة وأما أحكامها فان جمهور العلماء على ان الحوالة ضد الحمالة فى انه اذا أفلس المحال عليه لم يرجع صاحب الدين على المحيل بشئ قال مالك وأصحابه الا أن يكون المحيل غره فأحاله على عديم وقال أبو حنيفة يرجع صاحب الدين على المحيل اذا مات المحال عليه مفلسا أو جحد الحوالة وان لم تكن له بينة وبه قال شريح وعثمان البتى وجماعة

وسبب اختلافهم مشابهة الحوالة للحمالة

﴿ بسم الله الرحمن الرحيم وصلى الله على سيدنا محمد وآله وصحبه وسلم تسليما ﴾

﴿ كتاب الوكالة ﴾

وفيها ثلاثة أبواب الباب الأول في أركانها وهي النظر فيما فيه التوكيل وفي الموكل والموكل والثاني في أحكام الوكالة الثالث في مخالفة الموكل للوكيل

﴿ الباب الأول ﴾

﴿ الركن الأول في الموكل ﴾ واتفقوا على وكالة الغائب والمريض والمرأة المالكين لامور أنفسهم واختلفوا في وكالة الحاضر الذكر الصحيح فقال مالك تجوز وكالة الحاضر الصحيح الذكر وبه قال الشافعي وقال أبو حنيفة لاتجوز وكالة الصحيح الحاضر ولا المرأة الا أن تكون برزة فمن رأى ان الاصل أن لا ينوب فعل الغير عن فعل الغير الا ما دعت اليه الضرورة وانعقد الاجماع عليه قال لاتجوز نيابة من اختلف في نيابته ومن رأى ان الاصل هو الجواز قال الوكالة في كل شئ جائزة الا فيما أجمع على انه لا تصح فيه من العبادات وما جرى مجراها ﴿ الركن الثاني في الوكيل ﴾ وشروط الوكيل أن لا يكون ممنوعا بالشرع من تصرفه في الشئ الذي وكل فيه فلا يصح توكيل الصبي ولا المجنون ولا المرأة عند مالك والشافعي على عقد النكاح أما عند الشافعي فلا بمباشرة ولا بواسطة أي بأن توكل هي من يلي عقد النكاح ويجوز عند مالك بالواسطة الذكر ﴿ الركن الثالث فيما فيه التوكيل ﴾ وشرط محل التوكيل ان يكون قابلا للنيابة مثل البيع والحوالة والضمان وسائر العقود والفسوخ والشركة والوكالة والمصارفة والجعالة والمساقاة والنكاح والطلاق والخلع والصلح ولا تجوز في العبادات البدنية وتجوز في المالية كالزكاة والصدقة والحج وتجوز عند مالك في الخصومة على الاقرار والانكار وقال الشافعي في أحد قوليه لا تجوز على الاقرار وشبه ذلك بالشهادة والايمان وتجوز الوكالة على استيفاء العقوبات عند مالك وعند الشافعي مع الحضور قولان والذين قالوا ان الوكالة تجوز على الاقرار اختلفوا في مطلق الوكالة على الخصومة هل يتضمن الاقرار أم لا فقال مالك لا يتضمن وقال أبو حنيفة يتضمن ﴿ الركن الرابع ﴾ وأما الوكالة فهي عقد يلزم بالايجاب والقبول كسائر العقود وليست هي من العقود اللازمة بل الجائزة على ما نقوله في أحكام هذا العقد وهي ضربان عند مالك عامة وخاصة فالعامة هي التي تقع عنده بالتوكيل العام الذي لا يسمى فيه شئ دون شئ وذلك أنه ان سمى عنده لم ينتفع بالتعميم والتفويض وقال الشافعي لا تجوز الوكالة بالتعميم وهي غرر وانما يجوز منها ما سمى وحدد ونص عليه وهو الاقيس اذ كان الاصل فيها المنع الا ما وقع عليه الاجماع

﴿ الباب الثاني في الاحكام ﴾

وأما الاحكام فمنها أحكام العقد ومنها أحكام فعل الوكيل فأما هذا العقد فهو كما قلنا عقد غير لازم للوكيل أن يدع الوكالة متى شاء عند الجميع لكن أبو حنيفة يشترط في ذلك حضور الموكل وللموكل أن يعزله متى شاء قالوا الا أن تكون وكالة في خصومة وقال أصبغ له ذلك مالم يشرف على تمام الحكم وليس للوكيل أن يعزل نفسه في الموضع الذي لا يجوز أن يعزله الموكل وليس من شروط انعقاد هذا العقد حضور الخصم عند مالك والشافعي وقال أبو حنيفة ذلك من شرطه وكذلك ليس من شرط اثباتها عند الحاكم حضوره

عند مالك وقال الشافعي من شرطه واختلف أصحاب مالك هل تنفسخ الوكالة بموت الموكل على قولين فاذا قلنا تنفسخ بالموت كما تنفسخ بالعزل فمتى يكون الوكيل معزولا والوكالة منفسخة فى حق من عامله فى المذهب فيه ثلاثة أقوال انها تنفسخ فى حق الجميع بالموت والعزل والثانى انها تنفسخ فى حق كل واحد منهم بالعلم فمن علم انفسخت فى حقه ومن لم يعلم لم تنفسخ فى حقه والثالث انها تنفسخ فى حق من عامل الوكيل بعلم الوكيل وان لم يعلم هو ولا تنفسخ فى حق الوكيل بعلم الذى عامله اذا لم يعلم الوكيل ولكن من دفع اليه شيأ بعد العلم بعزله ضمنه لأنه دفع الى من يعلم انه ليس بوكيل وأما أحكام الوكيل ففيها مسائل مشهورة أحدها اذا وكل على بيع شئ هل يجوز له أن يشتريه لنفسه فقال مالك يجوز وقد قيل عنه لا يجوز وقال الشافعي لا يجوز وكذلك عند مالك الأب والوصى ومنها اذا وكله فى البيع وكالة مطلقة لم يجز له عند مالك ان يبيع الا بثمن مثله نقدا بنقد البلد ولا يجوز ان باع نسيئة أو بغير نقد البلد أو بغير ثمن المثل وكذلك الأمر عنده فى الشراء وفرق أبو حنيفة بين البيع والشراء لمعين فقال يجوز فى البيع أن يبيع بغير ثمن المثل وأن يبيع نسيئة ولم يجز اذا وكله فى شراء عبد بعينه ان يشتريه الا بثمن المثل نقدا ويشبه ان يكون أبو حنيفة انما فرق بين الوكالة على شراء شئ بعينه لان من حجته أنه كما أن الرجل قد يبيع الشئ بأقل من ثمن مثله ونساء لمصلحة يراها فى ذلك كله كذلك حكم الوكيل اذ قد أنزله منزلته وقول الجمهور أبين وكل ما يعتدى فيه الوكيل ضمن عند من يرى أنه تعدى واذا اشترى الوكيل شيأ وأعلم أن الشراء للموكل فالملك ينتقل الى الموكل وقال أبو حنيفة الى الوكيل أولا ثم الى الموكل واذا دفع الوكيل دينا عن الموكل ولم يشهد فانكر الذى له الدين القبض ضمن الوكيل

﴿ الباب الثالث ﴾

وأما اختلاف الوكيل مع الموكل فقد يكون فى ضياع المال الذى استقر عند الوكيل وقد يكون فى دفعه الى الموكل وقد يكون فى مقدار الثمن الذى باع به أو اشترى اذا أمره بثمن محدود وقد يكون فى المثمون وقد يكون فى تعيين من أمره بالدفع اليه وقد يكون فى دعوى التعدى فاذا اختلفا فى ضياع المال فقال الوكيل ضاع منى وقال الموكل لم يضع فالقول قول الوكيل ان كان لم يقبضه ببينة فان كان المال قد قبضه الوكيل من غريم الموكل ولم يشهد الغريم على الدفع لم يبرأ الغريم باقرار الوكيل عند مالك وغرم ثانية وهل يرجع الغريم على الوكيل فيه خلاف وان كان قد قبضه ببينة برئ ولم يلزم الوكيل شئ وأما اذا اختلفا فى الدفع فقال الوكيل دفعته اليك وقال الموكل لا فقيل القول قول الوكيل وقيل القول قول الموكل وقيل ان تباعد ذلك فالقول قول الوكيل وأما اختلافهم فى مقدار الثمن الذى به أمره بالشراء فقال ابن القاسم ان لم تفت السلعة فالقول قول المشترى وان فاتت فالقول قول الوكيل وقيل يتحالفان وينفسخ البيع ويتراجعان وان فاتت بالقيمة وان كان اختلافهم فى مقدار الثمن الذى أمره به فى البيع فعند ابن القاسم ان القول فيه قول الموكل لأنه جعل دفع الثمن بمنزلة فوات السلعة فى الشراء وأما اذا اختلفا فيمن أمره بالدفع ففى المذهب فيه قولان المشهور أن القول قول المأمور وقيل القول قول الآمر وأما اذا فعل الوكيل فعلا هو تعد وزعم أن الموكل أمره فالمشهور ان القول قول الموكل وقد قيل ان القول قول الوكيل انه قد أمره لأنه قد ائتمنه على الفعل

﴿ بسم الله الرحمن الرحيم وصلى الله على سيدنا محمد وآله وصحبه وسلم تسليما ﴾

﴿ كتاب اللقطة ﴾

والنظر فى اللقطة فى جملتين الجملة الاولى فى أركانها والثانية فى أحكامها ﴿ الجملة الاولى ﴾ والاركان ثلاثة الالتقاط والملتقط واللقطة فأما الالتقاط فاختلف العلماء هل هو أفضل أم الترك فقال أبو حنيفة الافضل الالتقاط لأنه من الواجب على المسلم أن يحفظ مال أخيه المسلم وبه قال الشافعى وقال مالك وجماعة بكراهية الالتقاط وروى عن ابن عمر وابن عباس وبه قال أحمد وذلك لأمرين أحدهما ماروى أنه صلى الله عليه وسلم قال ضالة المؤمن حرق النار ولما يخاف أيضا من التقصير فى القيام بما يجب لها من التعريف وترك التعدى عليها وتأول الذين رأوا الالتقاط أول الحديث وقالوا أراد بذلك الانتفاع بها لا أخذها للتعريف وقال قوم بل لقطها واجب وقد قيل ان هذا الاختلاف اذا كانت اللقطة بين قوم مأمونين والامام عادل قالوا وان كانت اللقطة بين قوم غير مأمونين والامام عادل فواجب التقاطها وان كانت بين قوم مأمونين والامام جائر فالافضل أن لا يلتقطها وان كانت بين قوم غير مأمونين والامام غير عادل فهو مخير بحسب مايغلب على ظنه من سلامتها أكثر من أحد الطرفين وهذا كله ماعدا لقطة الحاج فان العلماء أجمعوا على أنه لا يجوز التقاطها لنهيه عليه السلام عن ذلك ولقطة مكة أيضا لا يجوز التقاطها الالمنشد لورود النص فى ذلك والمروى فى ذلك لفظان أحدهما أنه لاترفع لقطتها الالمنشد الثانى لايرفع لقطتها الامنشد فالمعنى الواحد أنها لاترفع الالمن ينشدها والمعنى الثانى لايلتقطها الامن ينشدها ليعرف الناس وقال مالك تعرف هاتان اللقطتان أبدا فأما الملتقط فهو كل حر مسلم بالغ لانها ولاية واختلف عن الشافعى فى جواز التقاط الكافر قال أبو حامد والاصح جواز ذلك فى دار الاسلام قال وفى أهلية العبد والفاسق له قولان فوجه المنع عدم أهلية الولاية ووجه الجواز عموم أحاديث اللقطة وأما اللقطة بالجملة فانها كل مال لمسلم معرض للضياع كان ذلك فى عامر الأرض أو غامرها والجماد والحيوان فى ذلك سواء الاالابل باتفاق والأصل فى اللقطة حديث يزيد بن خالد الجهنى وهو متفق على صحته أنه قال جاء رجل الى رسول الله صلى الله عليه وسلم فسأله عن اللقطة فقال اعرف عفاصها ووكاءها ثم عرفها سنة فان جاء صاحبها والافشأنك بها قال فضالة الغنم يارسول الله قال هى لك أولأخيك أو للذئب قال فضالة الابل قال مالك ولها معها سقاؤها وحذاؤها ترد الماء وتأكل الشجر حتى يلقاها ربها وهذا الحديث يتضمن معرفة مايلتقط مما لايلتقط ومعرفة حكم مايلتقط كيف يكون فى العام وبعده وبماذا يستحقها مدعيها فأما الابل فاتفقوا على أنها لاتلتقط واتفقوا على الغنم أنها تلتقط وترددوا فى البقر والنص عن الشافعى أنها كالابل وعن مالك أنها كالغنم وعنه خلاف ﴿ الجملة الثانية ﴾ وأما حكم التعريف فاتفق العلماء على تعريف ما كان منها له بال سنة مالم تكن من الغنم واختلفوا فى حكمها بعد السنة فاتفق فقهاء الامصار مالك والثورى والاوزاعى وأبو حنيفة والشافعى وأحمد وأبو عبيد وأبو ثور اذا انقضت كان له أن يأكلها ان كان فقيرا أو يتصدق بها ان كان غنيا فان جاء صاحبها كان مخيرا بين ان يجيز الصدقة فينزل على ثوابها أو يضمنه اياها واختلفوا فى الغنى هل له أن يأكلها أو ينفقها بعد الحول فقال مالك والشافعى له ذلك وقال أبو حنيفة ليس له الا أن يتصدق بها وروى مثل قوله عن على وابن عباس وجماعة من

التابعين وقال الاوزاعى ان كان مالا كثيرا جعله فى بيت المال وروى مثل قول مالك والشافعى عن عمر وابن مسعود وابن عمر وعائشة وكلهم متفقون على أنه ان أكلها ضمنها لصاحبها الاأهل الظاهر واستدل مالك والشافعى بقوله عليه السلام فشأنك بها ولم يفرق بين غنى وفقير ومن الحجة لهما مارواه البخارى والترمذى عن سويد بن غفلة قال لقيت أوس بن كعب فقال وجدت صرة فيها مائة دينار فأتيت النبى صلى الله عليه وسلم فقال عرفها حولا فعرفتها فلم أجد ثم أتيته ثلاثا فقال احفظ وعاءها ووكاءها فان جاء صاحبها والا فاستمتع بها وخرج الترمذى وأبوداود فاستنفقها فسبب الخلاف معارضة ظاهر لفظ حديث اللقطة لأصل الشرع وهو أنه لايحل مال امرئ مسلم الاعن طيب نفس منه فمن غلب هذا الأصل على ظاهر الحديث وهو قوله بعد التعريف فشأنك بها قال لايجوز فيها تصرف الابالصدقة فقط على ان يضمن ان لم يجز صاحب اللقطة الصدقة ومن غلب ظاهر الحديث على هذا الأصل ورأى انه مستثنى منه قال تحل له بعد العام وهى مال من ماله لايضمنها ان جاء صاحبها ومن توسط قال يتصرف بعد العام فيها وان كانت عينا على جهة الضمان وأما حكم دفع اللقطة لمن ادعاها فاتفقوا على أنها لاتدفع اليه اذا لم يعرف العفاص ولا الوكاء واختلفوا اذا عرف ذلك هل يحتاج مع ذلك الى بينة أم لا فقال مالك يستحق بالعلامة ولايحتاج الى بينة وقال أبوحنيفة والشافعى لايستحق الا ببينة وسبب الخلاف معارضة الأصل فى اشتراط الشهادة فى صحة الدعوى لظاهر هذا الحديث فمن غلب الأصل قال لابد من البينة ومن غلب ظاهر الحديث قال لايحتاج الى بينة وانما اشترط الشهادة فى ذلك الشافعى وأبوحنيفة لأن قوله عليه السلام اعرف عفاصها ووكاءها فان جاء صاحبها والا فشأنك بها يحتمل أن يكون انما أمره بمعرفة العفاص والوكاء لئلا تختلط عنده بغيرها ويحتمل أن يكون انما أمره بذلك ليدفعها لصاحبها بالعفاص والوكاء فلما وقع الاحتمال وجب الرجوع الى الأصل فان الاصول لاتعارض بالاحتمالات المخالفة لها الا أن تصح الزيادة التى نذكرها بعد وعند مالك وأصحابه ان على صاحب اللقطة ان يصف مع العفاص والوكاء صفة الدنانير والعدد قالوا وذلك موجود فى بعض روايات الحديث ولفظه فان جاء صاحبها ووصف عفاصها ووكاءها وعددها فادفعها اليه قالوا ولكن لايضره الجهل بالعدد اذا عرف العفاص والوكاء وكذلك ان زاد فيه واختلفوا ان نقص من العدد على قولين وكذلك اختلفوا اذا جهل الصفة وجاء بالعفاص والوكاء وأما اذا غلط فيها فلا شئ له وأما اذا عرف احدى العلامتين اللتين وقع النص عليهما وجهل الاخرى فقيل انه لاشئ له الا بمعرفتهما جميعا وقيل يدفع اليه بعد الاستبراء وقيل ان ادعى الجهالة استبرئ وان غلط لم تدفع اليه واختلف المذهب اذا أتى بالعلامة المستحقة هل يدفع اليه بيمين أو بغير يمين فقال ابن القاسم بغير يمين وقال أشهب بيمين وأما ضالة الغنم فان العلماء اتفقوا على أن لواجد ضالة الغنم فى المكان القفر البعيد من العمران أن يأكلها لقوله عليه السلام فى الشاة هى لك أو لأخيك أو للذئب واختلفوا هل يضمن قيمتها لصاحبها أم لا فقال جمهور العلماء انه يضمن قيمتها وقال مالك فى أشهر الاقاويل عنه انه لايضمن وسبب الخلاف معارضة الظاهر كما قلنا للاصل المعلوم من الشريعة الا أن مالكا هنا غلب الظاهر لجرى على حكم الظاهر ولم يجر كذلك فى التصرف فيما وجب تعريفه بعد العام لقوة اللفظ ههنا وعنه رواية أخرى انه يضمن وكذلك كل طعام لايبقى اذا خشى عليه التلف ان تركه وتحصيل مذهب مالك عند أصحابه

فى ذلك انها على ثلاثة أقسام قسم يبقى فى يد ملتقطه ويخشى عليه التلف ان تركه كالعين والعروض وقسم لا يبقى فى يد ملتقطه ويخشى عليه التلف ان تركه كالشاة فى القفر والطعام الذى يسرع اليه الفساد وقسم لا يخشى عليه التلف فأما القسم الأول وهو ما يبقى فى يد ملتقطه ويخشى عليه التلف فانه ينقسم ثلاثة أقسام أحدها أن يكون يسيرا الابال له ولا قدر لقيمته ويعلم أن صاحبه لا يطلبه لتفاهته فهذا لا يعرف عنده وهو لمن وجده والأصل فى ذلك ماروى أن رسول الله صلى الله عليه وسلم مر بتمرة فى الطريق فقال لولا أن تكون من الصدقة لأكلتها ولم يذكر فيها تعريفا وهذا مثل العصا والسوط وان كان أشهب قد استحسن تعريف ذلك والثانى أن يكون يسيرا الا أن له قدرا ومنفعة فهذا الاختلاف فى المذهب فى تعريفه واختلفوا فى قدر مايعرف فقيل سنة وقيل أياما وأما الثالث فهو ان يكون كثيرا أو له قدر فهذا الاختلاف فى وجوب تعريفه حولا وأما القسم الثانى وهو مالا يبقى بيد ملتقطه ويخشى عليه التلف فان هذا يأكله كان غنيا أو فقيرا وهل يضمن فيه روايتان كما قلنا الاشهر أن لا ضمان واختلفوا ان وجد مايسرع اليه الفساد فى الحاضرة فقيل لا ضمان عليه وقيل عليه الضمان وقيل بالفرق بين أن يتصدق به فلا يضمن أو يأكله فيضمن وأما القسم الثالث فهو كالابل أعنى ان الاختيار عنده فيه الترك للنص الوارد فى ذلك فان أخذها وجب تعريفها والاختيار تركها وقيل فى المذهب هو عام فى جميع الازمنة وقيل انما هو فى زمان العدل وأن الافضل فى زمان غير العدل التقاطها وأما ضمانها فى الذى تعرف فيه فان العلماء اتفقوا على ان من التقطها وأشهد على التقاطها فهلكت عنده أنه غير ضامن واختلفوا اذا لم يشهد فقال مالك والشافعى وأبو يوسف ومحمد بن الحسن لا ضمان عليه ان لم يضيع وان لم يشهد وقال أبو حنيفة وزفر يضمنها ان هلكت ولم يشهد استدل مالك والشافعى بأن اللقطة وديعة فلا ينقلها ترك الاشهاد من الامانة الى الضمان قالوا وهى وديعة بما جاء من حديث سليمان بن بلال وغيره أنه قال ان جاء صاحبها والا فلتكن وديعة عندك واستدل أبو حنيفة وزفر بحديث مطرف بن الشخير عن عياض بن حمار قال قال رسول الله صلى الله عليه وسلم من التقط لقطة فليشهد ذوى عدل عليها ولا يكتم ولا يعنت فان جاء صاحبها فهو أحق بها والا فهو مال الله يؤتيه من يشاء وتحصيل المذهب فى ذلك ان واجد اللقطة عند مالك لا يخلو التقاطه لها من ثلاثة أوجه أحدها أن يأخذها على جهة الاغتيال لها والثانى أن يأخذها على جهة الالتقاط والثالث أن يأخذها لا على جهة الالتقاط ولا على جهة الاغتيال فان أخذها على جهة الالتقاط فهى أمانة عنده عليه حفظها وتعريفها فان ردها بعد ان التقطها فقال ابن القاسم يضمن وقال أشهب لا يضمن اذا ردها فى موضعها فان ردها فى غير موضعها ضمن كالوديعة والقول قوله فى تلفها دون يمين الا أن يتهم وأما اذا قبضها مغتالا لها فهو ضامن لها ولكن لا يعرف هذا الوجه الامن قبله وأما الوجه الثالث فهو مثل ان يجد ثوبا فيأخذه وهو يظنه لقوم بين يديه ليسألهم عنه فهذا ان لم يعرفوه ولا ادعوه كان له أن يرده حيث وجده ولا ضمان عليه باتفاق عند أصحاب مالك وتتعلق بهذا الباب مسئلة اختلف العلماء فيها وهو العبد يستهلك اللقطة فقال مالك انها فى رقبته اما ان يسلمه سيده فيها واما ان يفديه بقيمتها هذا اذا كان استهلاكه قبل الحول فان استهلكها بعد الحول كانت دينا عليه ولم تكن فى رقبته وقال الشافعى ان علم بذلك السيد فهو الضامن وان لم يعلم بها

السيد كانت فى رقبة العبد واختلفوا هل يرجع الملتقط بما أنفق على اللقطة على صاحبها أم لا فقال الجمهور ملتقط اللقطة متطوع بحفظها فلا يرجع بشئ من ذلك على صاحب اللقطة وقال الكوفيون لا يرجع بما أنفق الا أن تكون النفقة عن اذن الحاكم وهذه المسئلة هى من أحكام الالتقاط وهذا القدر كاف بحسب غرضنا فى هذا الباب

﴿باب فى اللقيط﴾

والنظر فى أحكام الالتقاط وفى الملتقط واللقيط وفى أحكامه وقال الشافعى كل شئ ضائع لا كافل له فالتقاطه من فروض الكفايات وفى وجوب الاشهاد عليه خيفة الاسترقاق خلاف والخلاف فيه مبنى على الاختلاف فى الاشهاد على اللقطة واللقيط هو الصبي الصغير غير البالغ وان كان مميزا ففيه فى مذهب الشافعى تردد والملتقط هو كل حر عدل رشيد وليس العبد والمكاتب بملتقط والكافر يلتقط الكافر دون المسلم لأنه لا ولاية له عليه ويلتقط المسلم الكافر وينزع من يد الفاسق والمبذر وليس من شرط الملتقط الغنى ولا تلزم نفقة الملتقط على من التقطه وان أنفق لم يرجع عليه بشئ وأما أحكامه فانه يحكم له بحكم الاسلام ان التقطه فى دار المسلمين ويحكم للطفل بالاسلام بحكم أبيه عند مالك وعند الشافعى بحكم من أسلم منهما وبه قال ابن وهب من أصحاب مالك وقد اختلف فى اللقيط فقيل انه عبد لمن التقطه وقيل انه حر وولاؤه لمن التقطه وقيل انه حر وولاؤه للمسلمين وهو مذهب مالك والذى تشهد له الاصول الا أن يثبت فى ذلك أثر تخصص به الاصول مثل قوله عليه الصلاة والسلام ترث المرأة ثلاثة لقيطها وعتيقها وولدها الذى لاعنت عليه

﴿بسم الله الرحمن الرحيم وصلى الله على سيدنا محمد وآله وصحبه وسلم تسليما﴾

﴿كتاب الوديعة﴾

وجل المسائل المشهورة بين فقهاء الأمصار فى هذا الكتاب هى فى أحكام الوديعة فمنها انهم اتفقوا على أنها أمانة لا مضمونة الا ما حكى عن عمر بن الخطاب قال المالكيون والدليل على انها أمانة أن الله أمر برد الامانات ولم يأمر بالاشهاد فوجب ان يصدق المستودع فى دعواه رد الوديعة مع يمينه ان كذبه المودع قالوا الا أن يدفعها اليه ببينة فانه لا يكون القول قوله قالوا لأنه اذا دفعها اليه ببينة فكأنه أئتمنه على حفظها ولم يأتمنه على ردها فيصدق فى تلفها ولا يصدق على ردها هذا هو المشهور عن مالك وأصحابه وقد قيل عن ابن القاسم أن القول قوله وان دفعها اليه ببينة وبه قال الشافعى وأبو حنيفة وهو القياس لأنه فرق بين التلف ودعوى الرد ويبعد ان تنتقض الامانة وهذا فيمن دفع الامانة الى اليد التى دفعتها اليه وأما من دفعها الى غير اليد التى دفعتها اليه فعليه ما على ولى اليتيم من الاشهاد عند مالك والا ضمن يريد قول الله عزوجل (فاذا دفعتم اليهم أموالهم فاشهدوا عليهم) فان أنكر القابض القبض فلا يصدق المستودع فى الدفع عند مالك وأصحابه الا ببينة وقد قيل انه يتخرج من المذهب انه يصدق فى ذلك وسواء عند مالك أمر صاحب الوديعة بدفعها الى الذى دفعها أو لم يأمر وقال أبو حنيفة ان كان ادعى دفعها الى من أمره بدفعها فالقول قول المستودع مع يمينه فان أقر المدفوع اليه بالوديعة أعنى اذا كان غير المودع وادعى التلف فلا يخلو ان يكون المستودع دفعها الى أمانة وهو وكيل المستودع أو الى ذمة فان كان القابض

أمينا فاختلف فى ذلك قول ابن القاسم فقال مرة يبرأ الدافع بتصديق القابض وتكون المصيبة من الآمر الوكيل بالقبض ومرة قال لا يبرأ الدافع الا باقامة البينة على الدفع أو يأتى القابض بالمال وأما ان دفع الى ذمة مثل أن يقول رجل للذى عنده الوديعة ادفعها الىّ سلفا أو تسلفا فى سلعة أو ما أشبه ذلك فان كانت الذمة قائمة برئ الدافع فى المذهب من غير خلاف وان كانت الذمة خربة فقولان والسبب فى هذا الاختلاف كله ان الامانة تقوى دعوى المدعى حتى يكون القول قوله مع يمينه فمن شبه أمانة الذى أمره المودع أن يدفعها اليه أعنى الوكيل بأمانة المودع عنده قال يكون القول قوله فى دعواه التلف كدعوى المستودع عنده ومن رأى ان تلك الامانة أضعف قال لا يبرأ الدافع بتصديق القابض مع دعوى التلف ومن رأى المأمور بمنزلة الآمر قال القول قول الدافع للمأمور كما كان القول قوله مع الآمر وهو مذهب أبى حنيفة ومن رأى انه أضعف منه قال الدافع ضامن الا أن يحضر القابض المال واذا أودعها بشرط الضمان فالجمهور على أنه لا يضمن وقال الغير يضمن وبالجملة فالفقهاء يرون بأجمعهم انه لا ضمان على صاحب الوديعة الا أن يتعدى ويختلفون فى أشياء هل هى تعد أم ليس بتعد فمن مسائلهم المشهورة فى هذا الباب اذا أنفق الوديعة ثم رد مثلها أو أخرجها لنفقته ثم ردها فقال مالك يسقط عنه الضمان بحالة مثل اذا ردها وقال أبو حنيفة ان ردها بعينها قبل أن ينفقها لم يضمن وان رد مثلها ضمن وقال عبد الملك والشافعى يضمن فى الوجهين جميعا فمن غلظ الامر ضمنه اياها بتحريكها ونية استنفاقها ومن رخص لم يضمنها اذا أعاد مثلها ومنها اختلافهم فى السفر بها فقال مالك ليس له أن يسافر بها الا أن تعطى له فى سفر وقال أبو حنيفة له أن يسافر بها اذا كان الطريق آمنا ولم ينهه صاحب الوديعة ومنها انه ليس للمودع عنده أن يودع الوديعة غيره من غير عذر فان فعل ضمن وقال أبو حنيفة ان أودعها عند من تلزمه نفقته لم يضمن لأنه شبهه بأهل بيته وعند مالك له أن يستودع ما أودع عند عياله الذين يأمنهم وهم تحت غلقه من زوج أو ولد أو أمة أو من أشبههم وبالجملة فعند الجميع انه يجب عليه أن يحفظها مما جرت به عادة الناس أن تحفظ أموالهم فما كان بينا من ذلك انه حفظ اتفق عليه وما كان غير بين انه حفظ اختلف فيه مثل اختلافهم فى المذهب فيمن جعل وديعة فى جيبه فذهبت والأشهر انه يضمن وعند ابن وهب ان من أودع وديعة فى المسجد فجعلها على نعله فذهبت انه لا ضمان عليه ويختلف فى المذهب فى ضمانها بالنسيان مثل أن ينساها فى موضع أو ينسى من دفعها اليه أو يدعيها رجلان فقيل يحلفان وتقسم بينهما وقيل انه يضمن لكل واحد منهما واذا أراد السفر فله عند مالك أن يودعها عند ثقة من أهل البلد ولا ضمان عليه قدر على دفعها الى الحاكم أو لم يقدر واختلف فى ذلك أصحاب الشافعى فمنهم من يقول ان أودعها الغير الحاكم ضمن وقبول الوديعة عند مالك لا يجب فى حال ومن العلماء من يرى انه واجب اذا لم يجد المودع من يودعها عنده ولا أجر للمودع عنده على حفظ الوديعة وما تحتاج اليه من مسكن أو نفقة فعلى ربها واختلفوا من هذا الباب فى فرع مشهور وهو فيمن أودع مالا فتعدى فيه وتجر به فربح فيه هل ذلك الربح حلال له أم لا فقال مالك والليث وأبو يوسف وجماعة اذا رد المال طاب له الربح وان كان غاصبا للمال فضلا عن أن يكون مستودعا عنده وقال أبو حنيفة وزفر ومحمد بن الحسن يؤدى الاصل ويتصدق بالربح وقال قوم لرب الوديعة الاصل والربح وقال قوم هو مخير بين الاصل والربح وقال قوم البيع الواقع فى تلك

التجارة فاسد وهؤلاء هم الذين أوجبوا التصدق بالربح اذا مات فمن اعتبر التصرف قال الربح للمتصرف ومن اعتبر الاصل قال الربح لصاحب المال ولذلك لما أمر عمر رضي الله عنه ابنيه عبد الله وعبيد الله أن يصرفا المال الذي أسلفهما أبو موسى الاشعري من بيت المال فتجرا فيه فربحا قيل له لو جعلته قراضا فأجاب الى ذلك لانه قد روى انه قد حصل للعامل جزء ولصاحب المال جزء وان ذلك عدل

﴿ بسم الله الرحمن الرحيم وصلى الله على سيدنا محمد وآله وصحبه وسلم تسليما ﴾

﴿ كتاب العارية ﴾

والنظر في العارية في أركانها وأحكامها وأركانها خمسة الاعارة والمعير والمستعير والمعار والصيغة أما الاعارة فهي فعل خير ومندوب اليه وقد شدد فيها قوم من السلف الاول روى عن عبد الله بن عباس وعبد الله بن مسعود أنهما قالا في قوله تعالى (ويمنعون الماعون) انه متاع البيت الذي يتعاطاه الناس بينهم من الفأس والدلو والحبل والقدر وما أشبه ذلك وأما المعير فلا يعتبر فيه الا كونه مالكا للعارية اما لرقبتها واما لمنفعتها والاظهر أنه لا تصح من المستعير أعني أن يعيرها وأما العارية فتكون في الدور والارضين والحيوان وجميع ما يعرف بعينه اذا كانت منفعته مباحة الاستعمال ولذلك لا يجوز اباحة الجواري للاستمتاع ويكره للاستخدام الا أن تكون ذا محرم وأما صيغة الاعارة فهي كل لفظ يدل على الاذن وهي عقد جائز عند الشافعي وأبي حنيفة أي للمعير أن يسترد عاريته اذا شاء وقال مالك في المشهور ليس له استرجاعها قبل الانتفاع وان شرط مدة مالزمته تلك المدة وان لم يشترط مدة لزمه من المدة ما يرى الناس انه مدة لمثل تلك العارية وسبب الخلاف ما يوجد فيها من شبه العقود اللازمة وغير اللازمة وأما الأحكام فكثيرة وأشهرها هل هي مضمونة أو أمانة فمنهم من قال انها مضمونة وان قامت البينة على تلفها وهو قول أشهب والشافعي وأحد قولي مالك ومنهم من قال نقيض هذا وهو أنها ليست مضمونة أصلا وهو قول أبي حنيفة ومنهم من قال يضمن فيما يغاب عليه اذا لم يكن على التلف بينة ولا يضمن فيما لا يغاب عليه ولا فيما قامت البينة على تلفه وهو مذهب مالك المشهور وابن القاسم وأكثر أصحابه وسبب الخلاف تعارض الآثار في ذلك وذلك انه ورد في الحديث الثابت أنه قال عليه السلام لصفوان بن أمية بل عارية مضمونة مؤداة وفي بعضها بل عارية مؤداة وروى عنه أنه قال ليس على المستعير ضمان فمن رجح وأخذ بهذا أسقط الضمان عنه ومن أخذ بحديث صفوان بن أمية ألزمه الضمان ومن ذهب مذهب الجمع فرق بين ما يغاب عليه وبين ما لا يغاب عليه فحمل هذا الضمان على ما يغاب عليه والحديث الآخر على ما لا يغاب عليه الا أن الحديث الذي فيه ليس على المستعير ضمان غير مشهور وحديث صفوان صحيح ومن لم ير الضمان شبهها بالوديعة ومن فرق قال الوديعة مقبوضة لمنفعة الدافع والعارية لمنفعة القابض واتفقوا في الاجارة على أنها غير مضمونة أعني الشافعي وأبا حنيفة ومالكا ويلزم الشافعي اذا سلم أنه لا ضمان عليه في الاجارة أن لا يكون ضمان في العارية ان سلم أن سبب الضمان هو الانتفاع لانه اذا لم يضمن حيث قبض لمنفعتهما فأحرى أن لا يضمن حيث قبض لمنفعته اذ كانت منفعة الدافع مؤثرة في اسقاط الضمان واختلفوا اذا شرط الضمان فقال قوم يضمن وقال قوم لا يضمن والشرط باطل ويجيء على قول مالك اذا اشترط الضمان في الموضع الذي لا يجب فيه عليه الضمان أن يلزم اجارة المثل في استعماله

العارية لان الشرط يخرج العارية عن حكم العارية الى باب الاجارة الفاسدة اذا كان صاحبها لم يرض أن يعيره الا أن يخرجها فى ضمانه فهو عوض مجهول فيجب أن يرد الى معلوم واختلف عن مالك والشافعى اذا غرس المستعير و بنى ثم انقضت المدة التى استعار اليها فقال مالك المالك بالخيار ان شاء آخذ المستعير بقلع غراسته و بنائه وان شاء أعطاه قيمته مقلوعا اذا كان مما له قيمة بعد القلع وسواء عند مالك انقضت المدة المحدودة بالشرط أو بالعرف أو العادة وقال الشافعى اذا لم يشترط عليه القلع فليس له مطالبته بالقلع بل يخير المعير بأن يبقيه بأجر يعطاه أو ينقض بارش أو يتملك ببدل فأيها أراد المعير أجبر عليه المستعير فان أبى كلف تفريغ الملك وفى جواز بيعه للنقض عنده خلاف لانه معرض للنقص فرأى الشافعى ان آخذه المستعير بالقلع دون أرش هو ظلم ورأى مالك أن عليه اخلاء المحل وأن العرف فى ذلك ينزل منزلة الشروط وعند مالك أنه ان استعمل العارية استعمالا ينقصها عن الاستعمال المأذون فيه ضمن ما نقصها بالاستعمال واختلفوا من هذا الباب فى الرجل يسأل جاره أن يعيره جداره ليغرز فيه خشبة لمنفعته ولا تضر صاحب الجدار و بالجملة فى كل ما ينتفع به المستعير ولا ضرر على المعير فيه فقال مالك وأبو حنيفة لا يقضى عليه به اذ العارية لا يقضى بها وقال الشافعى وأحمد وأبو ثور وداود وجماعة أهل الحديث يقضى بذلك وحجتهم ما خرجه مالك عن ابن شهاب عن الاعرج عن أبى هريرة أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال لا يمنع أحدكم جاره أن يغرز خشبة فى جداره ثم يقول أبو هريرة مالى أراكم عنها معرضين والله لأرمين بها بين أكتافكم واحتجوا أيضا بما رواه مالك عن عمر بن الخطاب أن الضحاك بن قيس ساق خليجا له من العريض فاراد أن يمر به فى أرض محمد بن مسلمة فأبى محمد فقال له الضحاك أنت تمنعنى وهو لك منفعة تسقى منه أولا وآخرا ولا يضرك فأبى محمد فكلم فيه الضحاك عمر بن الخطاب فدعا عمر محمد بن مسلمة فأمره أن يخلى سبيله قال محمد لا فقال عمر لا تمنع أخاك ما ينفعه ولا يضرك فقال محمد لا فقال عمر والله ليمرن به ولو على بطنك فأمره عمر أن يمر به ففعل الضحاك وكذلك حديث عمرو بن يحيى المازنى عن أبيه أنه قال كان فى حائط جدى ربيع لعبد الرحمن بن عوف فأراد أن يحوله الى ناحية من الحائط فمنعه صاحب الحائط فكلم عمر بن الخطاب فقضى لعبد الرحمن بن عوف بتحويله وقد عذل الشافعى مالكا اذ خاله هذه الاحاديث فى موطئه وتركه الاخذ بها وعمدة مالك وأبى حنيفة قوله عليه الصلاة والسلام لا يحل مال امرىء مسلم الا عن طيب نفس منه وعند الغير ان عموم هذا مخصص بهذه الاحاديث وبخاصة حديث أبى هريرة وعند مالك أنها محمولة على الندب وأنه اذا أمكن أن تكون مخصصة وأن تكون على الندب فحملها على الندب أولى لان بناء العام على الخاص انما يجب اذا لم يمكن بينهما جمع ووقع التعارض وروى أصبغ عن ابن القاسم أنه لا يؤخذ بقضاء عمر على محمد بن مسلمة فى الخليج و يؤخذ بقضائه لعبد الرحمن بن عوف فى تحويل الربيع وذلك انه رأى أن تحويل الربيع أيسر من أن يمر عليه بطريق لم يكن قبل وهذا القدر كاف بحسب غرضنا

﴿ بسم الله الرحمن الرحيم وصلى الله على سيدنا محمد وآله وصحبه وسلم تسليما ﴾

﴿ كتاب الغصب ﴾

وفيه بابان الاول فى الضمان وفيه ثلاثة أركان الاول الموجب للضمان والثانى ما فيه الضمان والثالث

الواجب وأما الباب الثانى فهو فى الطوارئ على المغصوب

﴿ الباب الاوّل ﴾

(الركن الاوّل) وأما الموجب للضمان فهو اما المباشرة لاخذ المال المغصوب أو لاتلافه واما المباشرة للسبب المتلف واما اثبات اليد عليه واختلفوا فى السبب الذى يحصل بمباشرته الضمان اذا تناول التلف بواسطة سبب آخر هل يحصل به ضمان أم لا وذلك مثل أن يفتح قفصا فيه طائر فيطير بعد الفتح فقال مالك يضمنه هاجه على الطيران أو لم يهجه وقال أبو حنيفة لا يضمن على حال وفرق الشافعى بين أن يهيجه على الطيران أو لا يهيجه فقال يضمن ان هاجه ولا يضمن ان لم يهجه ومن هذا من حفر بئرا فسقط فيه شئ فهلك فمالك والشافعى يقولان ان حفره بحيث أن يكون حفره تعديا ضمن ما تلف فيه والا لم يضمن ويجئ على أصل أبى حنيفة انه لا يضمن فى مسئلة الطائر وهل يشترط فى المباشرة العمد أو لا يشترط فالأشهر ان الأموال تضمن عمدا وخطأ وان كانوا قد اختلفوا فى مسائل جزئية من هذا الباب وهل يشترط فيه أن يكون مختارا فالمعلوم عن الشافعى أنه يشترط أن يكون مختارا ولذلك رأى على المكره الضمان أعنى المكره على الاتلاف (الركن الثانى) وأما ما يجب فيه الضمان فهو كل مال أتلفت عينه أو تلفت عند الغاصب عينه بأمر من السماء أو سلطت اليد عليه وتملك وذلك فيما ينقل ويحول باتفاق واختلفوا فيما لا ينقل ولا يحول مثل العقار فقال الجمهور انها تضمن بالغصب أعنى أنها ان انهدمت الدار ضمن قيمتها وقال أبو حنيفة لا يضمن وسبب اختلافهم هل كون يد الغاصب على العقار مثل كون يده على ما ينقل ويحول فمن جعل حكم ذلك واحدا قال بالضمان ومن لم يجعل حكم ذلك واحدا قال لا ضمان

(الركن الثالث) وهو الواجب فى الغصب والواجب على الغاصب ان كان المال قائما عنده بعينه لم تدخله زيادة ولا نقصان أن يرده بعينه وهذا لا خلاف فيه فاذا ذهبت عينه فانهم اتفقوا على أنه اذا كان مكيلا أو موزونا ان على الغاصب المثل أعنى مثل ما استهلك صفة ووزنا واختلفوا فى العروض فقال مالك لا يقضى فى العروض من الحيوان وغيره الا بالقيمة يوم استهلك وقال الشافعى وأبو حنيفة وداود الواجب فى ذلك المثل ولا تلزم القيمة الا عند عدم المثل وعمدة مالك حديث أبى هريرة المشهور عن النبى صلى الله عليه وسلم من أعتق شقصا له فى عبد قوم عليه الباقى قيمة العدل الحديث ووجه الدليل منه انه لم يلزمه المثل وألزمه القيمة وعمدة الطائفة الثانية قوله تعالى (فجزاء مثل ما قتل من النعم) ولأن منفعة الشئ قد تكون هى المقصودة عند المتعدى عليه ومن الحجة لهم ما خرجه أبو داود من حديث أنس وغيره أن رسول الله صلى الله عليه وسلم كان عند بعض نسائه فأرسلت احدى أمهات المؤمنين جارية بقصعة لها فيها طعام قال فضربت بيدها فكسرت القصعة فأخذ النبى صلى الله عليه وسلم الكسرتين فضم احداهما الى الأخرى وجعل فيها جميع الطعام ويقول غارت أمكم كلوا كلوا حتى جاءت قصعتها التى فى بيتها وحبس رسول الله صلى الله عليه وسلم القصعة حتى فرغوا فدفع الصحفة الصحيحة الى الرسول وحبس المكسورة فى بيته وفى حديث آخر أن عائشة كانت هى التى غارت وكسرت الاناء وأنها قالت لرسول الله صلى الله عليه وسلم ما كفارة ما صنعت قال اناء مثل اناء وطعام مثل طعام

﴿ الباب الثانى فى الطوارئ ﴾

والطوارئ على المغصوب امابزيادة وامابنقصان وهذان امامن قبل المخلوق وامامن قبل الخالق فأما النقصان الذى يكون بأمر من السماء فانه ليس له الاأن يأخذه ناقصا أو يضمنه قيمته يوم الغصب وقيل ان له أن يأخذ ويضمن الغاصب قيمة العيب وأما ان كان النقص بجناية الغاصب فالمغصوب مخير فى المذهب بين أن يضمنه القيمة يوم الغصب أو يأخذه ومانقصته الجناية يوم الجناية عند ابن القاسم وعند سحنون مانقصته الجناية يوم الغصب وذهب أشهب الى أنه مخير بين أن يضمنه القيمة أو يأخذه ناقصا ولاشئ له فى الجناية كالذى يصاب بأمر من السماء واليه ذهب ابن المواز والسبب فى هذا الاختلاف ان من جعل المغصوب مضمونا على الغاصب بالقيمة يوم الغصب جعل ماحدث فيه من نماء أو نقصان كأنه حدث فى ملك صحيح فأوجب له الغلة ولم يوجب عليه فى النقصان شيأ سواء كان من سببه أو من عند الله وهو قياس قول أبى حنيفة وبالجملة فقياس قول من يضمنه قيمته يوم الغصب فقط ومن جعل المغصوب مضمونا على الغاصب بقيمته فى كل أوان كانت يده عليه آخذه بأرفع القيم وأوجب عليه رد الغلة وضمان النقصان سواء كان من فعله أو من عند الله وهو قول الشافعى أو قياس قوله ومن فرق بين الجناية التى تكون من الغاصب وبين الجناية التى تكون بأمر من السماء وهو مشهور مذهب مالك وابن القاسم فعمدته قياس الشبه لانه رأى ان جناية الغاصب على الشئ الذى غصبه هو غصب ثان متكرر منه كالوجنى عليه وهو فى ملك صاحبه فهذا هو نكتة الاختلاف فى هذا الباب فقف عليه وأما ان كانت الجناية عند الغاصب من غير فعل الغاصب فالمغصوب مخير بين أن يضمن الغاصب القيمة يوم الغصب ويتبع الغاصب الجانى وبين أن يترك الغاصب ويتبع الجانى بحكم الجنايات فهذا حكم الجنايات على العين فى يد الغاصب وأما الجناية على العين من غير أن يغصبها غاصب فانها تنقسم عند مالك الى قسمين جناية تبطل يسيرا من المنفعة والمقصود من الشئ باق فهذا يجب فيه مانقص يوم الجناية وذلك بان يقوم صحيحا ويقوم بالجناية فيعطى مابين القيمتين وأما ان كانت الجناية مما تبطل الغرض المقصود فان صاحبه يكون مخيرا ان شاء أسلمه للجانى وأخذ قيمته وان شاء أخذ قيمة الجناية وقال الشافعى وأبو حنيفة ليس له الاقيمة الجناية وسبب الاختلاف الالتفات الى الحمل على الغاصب وتشبيه اتلاف أكثر المنفعة باتلاف العين وأما النماء فانه على قسمين أحدهما أن يكون بفعل الله كالصغير يكبر والمهزول يسمن والعيب يذهب والثانى أن يكون مما أحدثه الغاصب فأما الأول فانه ليس بفوت وأما النماء بما أحدثه الغاصب فى الشئ المغصوب فانه ينقسم فيما رواه ابن القاسم عن مالك الى قسمين أحدهما أن يكون قد جعل فيه من ماله ماله عين قائمة كالصبغ فى الثوب والنقش فى البناء وما أشبه ذلك والثانى أن لا يكون قد جعل فيه من ماله سوى العمل كالخياطة والنسج وطحن الحنطة والخشبة يعمل منها توابيت فأما الوجه الاول وهو أن يجعل فيه من ماله ماله عين قائمة فانه ينقسم الى قسمين أحدهما أن يكون ذلك الشئ مما يمكنه اعادته على حاله كالبقعة يبنيها وما أشبه ذلك والثانى أن لا يقدر على اعادته كالثوب يصبغه والسويق يلته فأما الوجه الاول فالمغصوب منه مخير بين أن يأمر الغاصب باعادة البقعة على حالها وازالة ماله فيها مما جعله من نقض أو غيره وبين أن يعطى الغاصب قيمة ماله فيها من النقض مقلوعا بعد حط أجر القلع وهذا اذا كان الغاصب ممن لا يتولى ذلك بنفسه ولا بغيره وانما يستأجر عليه وقيل انه لا يحط من ذلك أجر القلع هذا ان كانت

له قيمة وأما ان لم تكن له قيمة لم يكن للغاصب على المغصوب فيه شئ لأن من حق المغصوب أن يعيده له الغاصب ماغصب منه على هيئته فان لم يطالبه بذلك لم يكن له مقال وأما الوجه الثانى فهو فيه مخير بين أن يدفع قيمة الصبغ وما أشبهه ويأخذ ثوبه وبين أن يضمنه قيمة الثوب يوم غصبه الا فى السويق الذى يلته فى السمن وما أشبه ذلك من الطعام فلا يخير فيه لما يدخله من الربا ويكون ذلك فوتا يلزم الغاصب فيه المثل أو القيمة فيما لا مثل له *وأما الوجه الثانى من التقسيم الاول وهو أن لا يكون أحدث الغاصب فيما أحدثه فى الشئ المغصوب سوى العمل فان ذلك أيضا ينقسم قسمين أحدهما أن يكون ذلك يسيرا لا ينتقل به الشئ عن اسمه بمنزلة الخياطة فى الثوب أو الرفوله والثانى أن يكون العمل كثيرا ينتقل به الشئ المغصوب عن اسمه كالخشبة يعمل منها تابوتا والقمح يطحنه والغزل ينسجه والفضة يصوغها حليا أودراهم فأما الوجه الاول فلاحق فيه للغاصب ويأخذ المغصوب منه الشئ المغصوب معمولا وأما الوجه الثانى فهو فوت يلزم الغاصب قيمة الشئ المغصوب يوم غصبه أومثله فى ماله مثل هذا تفصيل مذهب ابن القاسم فى هذا المعنى وأشهب يجعل ذلك كله للمغصوب أصله مسئلة البنيان فيقول انه لاحق للغاصب فيما لا يقدر على أخذه من الصبغ والرفو والنسج والدباغ والطحين وقد روى عن ابن عباس أن الصبغ تفويت يلزم الغاصب فيه القيمة يوم الغصب وقد قيل انهما يكونان شريكين هذا بقيمة الصبغ وهذا بقيمة الثوب ان أبى رب الثوب أن يدفع قيمة الصبغ وان أبى الغاصب أن يدفع قيمة الثوب وهذا القول أنكره ابن القاسم فى المدوّنة فى كتاب اللقطة وقال ان الشركة لاتكون الا فيما كان بوجه شبهة جلية وقول الشافعى فى الصبغ مثل قول ابن القاسم الا أنه يجيز الشركة بينهما ويقول انه يؤمر الغاصب بقلع الصبغ ان أمكنه وان نقص الثوب ويضمن للمغصوب مقدار النقصان وأصول الشرع تقتضى أن لا يستحل مال الغاصب من أجل غصبه وسواء كان منفعة أو عينا الا أن يحتج محتج بقوله عليه الصلاة والسلام ليس لعرق ظالم حق لكن هذا مجمل ومفهومه الاوّل انه ليس له منفعة متولدة بين ماله وبين الشئ الذى غصبه أعنى ماله المتعلق بالمغصوب فهذا هو حكم الواجب فى عين المغصوب تغير أولم يتغير وأما حكم غلته فاختلف فى ذلك فى المذهب على قولين أحدهما أن حكم الغلة حكم الشئ المغصوب والثانى أن حكمها بخلاف الشئ المغصوب فمن ذهب الى أن حكمها حكم الشئ المغصوب وبه قال أشهب من أصحاب مالك يقول انما تلزمه الغلة يوم قبضها أو أكثر مما انتهت اليه قيمتها على قول من يرى أن الغاصب يلزمه أرفع القيم من يوم غصبها لا قيمة الشئ المغصوب يوم الغصب وأما الذين ذهبوا الى أن حكم الغلة بخلاف حكم الشئ المغصوب فاختلفوا فى حكمها اختلافا كثيرا بعد اتفاقهم على أنها ان تلفت ببينة انه لاضمان على الغاصب وانه ان ادعى تلفها لم يصدق وان كان مما لا يغاب عليه وتحصيل مذهب هؤلاء فى حكم الغلة هو أن الغلال تنقسم الى ثلاثة أقسام أحدها غلة متولدة عن الشئ المغصوب على نوعه وخلقته وهو الولد وغلة متولدة عن الشئ لا على صورته وهو مثل الثمر ولبن الماشية وجبنها وصوفها وغلال غير متولدة بل هى منافع وهى الاكرية والخراجات وما أشبه ذلك فأما ما كان على خلقته وصورته فلا خلاف أعلمه ان الغاصب يرده كالولد مع الام المغصوبة وان كان ولد الغاصب وانما اختلفوا فى ذلك اذا ماتت الام فقال مالك هو مخير بين الولد

وقيمة الام وقال الشافعى بل يرد الولد وقيمة الام وهو القياس وأما ان كان متولدا على غير خلقة الاصل وصورته ففيه قولان أحدهما أن للغاصب ذلك المتولد والثانى أنه يلزمه رده مع الشئ المغصوب ان كان قائما أو قيمته ان ادعى تلفها ولم يعرف ذلك الا من قوله فان تلف الشئ المغصوب كان مخيرا بين أن يضمنه بقيمته ولا شئ له فى الغلة وبين أن يأخذه بالغلة ولا شئ له من القيمة وأما ان كان غير متولد فاختلفوا فيه على خمسة أقوال أحدها أنه لا يلزمه رده جملة من غير تفصيل والثانى أنه يلزمه رده من غير تفصيل أيضا والثالث أنه يلزمه الرد ان أكرى ولا يلزمه الرد ان انتفع أو عطل والرابع يلزمه ان أكرى أو انتفع ولا يلزمه ان عطل والخامس الفرق بين الحيوان والاصول أعنى أنه يرد قيمة منافع الاصول ولا يرد قيمة منافع الحيوان وهذا كله فيما اغتل من العين المغصوب به مع عينها وقيامها وأما ما اغتل منها بتصريفها وتحويل عينها كالدنانير فيغتصبها فيتجر بها فيربح فالغلة له قولا واحدا فى المذهب وقال قوم الربح للمغصوب وهذا أيضا اذا قصد غصب الاصل وأما اذا قصد غصب الغلة دون الاصل فهو ضامن للغلة باطلاق ولا خلاف فى ذلك سواء عطل أو انتفع أو أكرى كان مما يزال به أو مما لا يزال به وقال أبو حنيفة انه من تعدى على دابة رجل فركبها أو حمل عليها فلا كراء عليه فى ركوبه اياها ولا فى حمله لانه ضامن لها ان تلفت فى تعديه وهذا قوله فى كل ما ينقل ويحول فانه لما رأى أنه قد ضمنه بالتعدى وصار فى ذمته جازت له المنفعة كما تقول المالكية فيما تجر به من المال المغصوب وان كان الفرق بينهما ان الذى تجر به تحولت عينه وهذا لم تتحول عينه وسبب اختلافهم فى هل يرد الغاصب الغلة أولا يردها اختلافهم فى تعميم قوله عليه الصلاة والسلام الخراج بالضمان وقوله عليه الصلاة والسلام ليس لعرق ظالم حق وذلك أن قوله عليه الصلاة والسلام هذا خرج على سبب وهو فى غلام قيم فيه بعيب فأراد الذى صرف عليه أن يرد المشترى غلته واذا خرج العام على سبب هل يقصر على سببه أم يحمل على عمومه فيه خلاف بين فقهاء الأمصار مشهور فمن قصر ههنا هذا الحكم على سببه قال انما تجب الغلة من قبل الضمان فيما صار الى الانسان بشبهة مثل أن يشترى شيأ فيستغله فيستحق منه وأما ما صار اليه بغير وجه شبهة فلا تجوز له الغلة لأنه ظالم وليس لعرق ظالم حق فعمم هذا الحديث فى الأصل والغلة أعنى عموم هذا الحديث وخصص الثانى وأما من عكس الامر فعمم قوله عليه الصلاة والسلام الخراج بالضمان على أكثر من السبب الذى خرج عليه وخصص قوله عليه السلام ليس لعرق ظالم حق بأن جعل ذلك فى الرقبة دون الغلة قال لا يرد الغلة الغاصب وأما من المعنى كما تقدم من قولنا فالقياس أن تجرى المنافع والأعيان المتولدة مجرى واحدا وأن يعتبر التضمين أولا يعتبر وأما سائر الاقاويل التى بين هذين فهى استحسان وأجمع العلماء على أن من اغترس نخلا أو ثمرا وبالجملة نباتا فى غير أرضه انه يؤمر بالقلع لما ثبت من حديث مالك عن هشام بن عروة عن أبيه أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال من أحيا أرضا ميتة فهى له وليس لعرق ظالم حق والعرق الظالم عندهم هو ما اغترس فى أرض الغير وروى أبو داود فى هذا الحديث زيادة قال عروة ولقد حدثنى الذى حدثنى هذا الحديث أن رجلين اختصما الى رسول الله صلى الله عليه وسلم غرس أحدهما نخلا فى أرض الآخر فقضى لصاحب الأرض بأرضه وأمر صاحب النخل أن يخرج نخله منها قال فلقد رأيتها وانها لتضرب أصولها بالفؤوس وانها لنخل عم حتى أخرجت منها الا ما روى فى المشهور عن مالك ان من زرع زرعا

فى أرض غيره وفات أوان زراعته لم يكن لصاحب الأرض أن يقلع زرعه وكان على الزارع كراء الأرض وقد روى عنه مايشبه قياس قول الجمهور وعلى قوله ان كل مالا ينتفع الغاصب به اذا قلعه وأزاله انه للمغصوب يكون الزرع على هذا للزارع وفرق قوم بين الزرع والثمار فقالوا الزارع فى أرض غيره له نفقته وزريعته وهو قول كثير من أهل المدينة وبه قال أبو عبيد وروى عن رافع بن خديج أنه قال عليه الصلاة والسلام من زرع فى أرض قوم بغير اذنهم فله نفقته وليس له من الزرع شئ واختلف العلماء فى القضاء فيما أفسدته المواشى والدواب على أربعة أقوال أحدها ان كل دابة مرسلة فصاحبها ضامن لما أفسدته والثانى أن لاضمان عليه والثالث أن الضمان على أرباب البهائم بالليل ولاضمان عليهم فيما أفسدته بالنهار والرابع وجوب الضمان فى غير المنفلت ولاضمان فى المنفلت وممن قال يضمن بالليل ولا يضمن بالنهار مالك والشافعى وبأن لاضمان عليهم أصلا قال أبو حنيفة وأصحابه وبالضمان باطلاق قال الليث الا أن الليث قال لايضمن أكثر من قيمة الماشية والقول الرابع مروى عن عمر رضى الله عنه فعمدة مالك والشافعى فى هذا الباب شيآن أحدهما قوله تعالى (وداود وسليمان اذ يحكمان فى الحرث اذ نفشت فيه غنم القوم) والنفش عند أهل اللغة لا يكون الا بالليل وهذا الاحتجاج على مذهب من يرى انا مخاطبون بشرع من قبلنا والثانى مرسله عن ابن شهاب أن ناقة للبراء بن عازب دخلت حائط قوم فافسدت فيه فقضى رسول الله صلى الله عليه وسلم ان على أهل الحوائط بالنهار حفظها وان ما أفسدته المواشى بالليل ضامن على أهلها أى مضمون وعمدة أبى حنيفة قوله عليه الصلاة والسلام العجماء جرحها جبار وقال الطحاوى وتحقيق مذهب أبى حنيفة أنه لايضمن اذا أرسلها محفوظة فأما اذا لم يرسلها محفوظة فيضمن والمالكية تقول من شرط قولنا أن تكون الغنم فى المسرح وأما اذا كانت فى أرض مزرعة لامسرح فيها فهم يضمنون ليلا ونهارا وعمدة من رأى الضمان فيما أفسدت ليلا ونهارا شهادة الاصول له وذلك أنه تعد من المرسل والأصول على أن على المتعدى الضمان ووجه من فرق بين المنفلت وغير المنفلت بين فان المنفلت لايملك فسبب الخلاف فى هذا الباب معارضة الأصل للسمع ومعارضة السماع بعضه لبعض أعنى أن الأصل يعارض جرح العجماء جبار ويعارض أيضا التفرقة التى فى حديث البراء وكذلك التفرقة التى فى حديث البراء تعارض أيضا قوله جرح العجماء جبار ومن مسائل هذا الباب المشهورة اختلافهم فى حكم مايصاب من أعضاء الحيوان فروى عن عمر بن الخطاب أنه قضى فى عين الدابة بربع ثمنها وكتب الى شريح فأمره بذلك وبه قال الكوفيون وقضى به عمر بن عبد العزيز وقال الشافعى ومالك يلزم فيما أصيب من البهيمة مانقص فى ثمنها قياسا على التعدى فى الاموال والكوفيون اعتمدوا فى ذلك على قول عمر رضى الله عنه وقالوا اذا قال الصاحب قولا ولامخالف له من الصحابة وقوله مع هذا مخالف للقياس وجب العمل به لانه يعلم أنه انما صار الى القول به من جهة التوقيف فسبب الخلاف اذا معارضة القيس لقول الصاحب ومن هذا الباب اختلافهم فى الجمل الصؤل وماأشبهه يخاف الرجل على نفسه فيقتله هل يجب عليه غرمه أم لا فقال مالك والشافعى لاغرم عليه اذا بان أنه خافه على نفسه وقال أبو حنيفة والثورى يضمن قيمته على كل حال وعمدة من لم ير الضمان القياس على من قصد رجلا فأراد قتله فدافع المقصود عن نفسه فقتل فى المدافعة القاصد المتعدى أنه ليس عليه قود واذا كان ذلك فى النفس كان فى المال

أحرى لان النفس أعظم حرمة من المال وقياسا أيضا على اهدار دم الصيد الحرمى اذا صال وبه تمسك حذاق أصحاب الشافعى وعمدة أبى حنيفة ان الاموال تضمن بالضرورة اليها أصله المضطر الى طعام الغير ولا حرمة للبعير من جهة ماهو ذونفس ومن هذا الباب اختلافهم فى المكرهة على الزنا هل على مكرهها مع الحد صداق أم لا فقال مالك والشافعى والليث عليه الصداق والحد جميعا وقال أبو حنيفة والثورى عليه الحد ولا صداق عليه وهو قول ابن شبرمة وعمدة مالك أنه وجب عليه حقان حق لله وحق للآدمى فلم يسقط أحدهما الآخر أصله السرقة التى يجب بها عندهم غرم المال والقطع وأما من لم يوجب الصداق فتعلق فى ذلك بمعنيين أحدهما أنه اذا اجتمع حقان حق لله وحق للمخلوق سقط حق المخلوق لحق الله وهذا على رأى الكوفيين فى أنه لا يجمع على السارق غرم وقطع والمعنى الثانى أن الصداق ليس مقابل البضع وانما هو عبادة اذ كان النكاح شرعيا واذا كان ذلك كذلك فلا صداق فى النكاح الذى على غير الشرع ومن مسائلهم المشهورة فى هذا الباب من غصب اسطوانة فبنى عليها بناء يساوى قائما أضعاف قيمة الاسطوانة فقال مالك والشافعى يحكم على الغاصب بالهدم ويأخذ المغصوب منه اسطوانته وقال أبو حنيفة تفوت بالقيمة كقول مالك فمين غير المغصوب بصناعة لها قيمة كثيرة وعند الشافعى لا تفوت المغصوب بشئ من الزيادة وههنا انقضى هذا الكتاب

﴿ بسم الله الرحمن الرحيم وصلى الله على سيدنا محمد وآله وصحبه وسلم تسليما ﴾

﴿ كتاب الاستحقاق ﴾

وجل النظر فى هذا الكتاب هو فى أحكام الاستحقاق وتحصيل أصول أحكام هذا الكتاب أن الشئ المستحق من يد انسان بما تثبت به الأشياء فى الشرع لمستحقها اذا صار الى ذلك الانسان الذى استحق من يده الشئ المستحق بشراء أنه لا يخلو من أن يستحق من ذلك الشئ أقله أو كله أو جله ثم اذا استحق منه كله أوجله فلا يخلو أن يكون قد تغير عند الذى هو بيده بزيادة أو نقصان أو يكون لم يتغير ثم لا يخلو أيضا أن يكون المستحق منه قد اشتراه بثمن أو مثمون فأما ان كان استحق منه أقله فانه انما يرجع عند مالك على الذى اشتراه منه بقيمة ما استحق من يده وليس له أن يرجع بالجميع وأما ان كان استحق كله أو جله فان كان لم يتغير أخذه المستحق ورجع المستحق من يده على الذى اشتراه منه بثمن ما اشتراه منه ان كان اشتراه بثمن وان كان اشتراه بالمثمون رجع بالمثمون بعينه ان كان لم يتغير فان تغير تغيرا يوجب اختلاف قيمته رجع بقيمته يوم الشراء وان كان المال المستحق قد بيع فان للمستحق أن يمضى البيع ويأخذ الثمن أو يأخذه بعينه فهذا حكم المستحق والمستحق من يده مالم يتغير الشئ المستحق فان تغير الشئ المستحق فلا يخلو أن يتغير بزيادة أو نقصان فأما ان كان تغير بزيادة فلا يخلو أن يتغير بزيادة من قبل الذى استحق من يده الشئ أو بزيادة من ذات الشئ فأما الزيادة من ذات الشئ فيأخذها المستحق مثل أن تسمن الجارية أو يكبر الغلام وأما الزيادة من قبل المستحق منه فمثل أن يشترى الدار فيبنى فيها فتستحق من يده فانه مخير بين أن يدفع قيمة الزيادة ويأخذ ما استحقه وبين أن يدفع اليه المستحق من يده قيمة ما استحق أو يكونا شريكين هذا بقدر قيمة ما استحق من يده وهذا بقدر قيمة ما بنى أو ما غرس وهو قضاء عمر بن الخطاب وأما ان كانت الزيادة ولادة من قبل المستحق منه مثل أن يشترى أمة فيولدها

ثم تستحق منه أو يزوّجها على أنها حرة فتخرج أمة فانهم اتفقوا على أن المستحق ليس له أن يأخذ أعيان الولد واختلفوا فى أخذ قيمتهم وأما الام فقيل يأخذها بعينها وقيل يأخذ قيمتها وأما ان كان الولد بنكاح فاستحقت بعبودية فلا خلاف أن لسيدها أن يأخذها ويرجع الزوج بالصداق على من غره واذا ألزمناه قيمة الولد لم يرجع بذلك على من غره لان الغرور لم يتعلق بالولد وأما غلة الشئ المستحق فانه اذا كان ضامنا بشبهة ملك فلا خلاف ان الغلة للمستحق منه وأعنى بالضمان أنها تكون من خسارته اذا هلكت عنده وأما اذا كان غير ضامن مثل أن يكون وارثا فيطرأ عليه وارث آخر فيستحق بعض ما فى يده فانه يرد الغلة وأما ان كان غير ضامن الا أنه ادعى فى ذلك ثمنا مثل العبد يستحق بحرية فانه وان هلك عنده يرجع بالثمن ففيه قولان أنه لا يضمن اذا لم يجد على من يرجع ويضمن اذا وجد على من يرجع وأما من أى وقت تصح الغلة للمستحق فقيل يوم الحكم وقيل من يوم ثبوت الحق وقيل من يوم توقيفه واذا قلنا ان الغلة تجب للمستحق فى أحد هذه الاوقات الثلاثة فاذا كانت أصولا فيها ثمر فأدرك هذا الوقت الثمر ولم يقطف بعده فقيل انها للمستحق ما لم تقطف وقيل ما لم تيبس وقيل ما لم يطب ويرجع عليه بما سقى وعالج المستحق من يديه وهذا ان كان اشترى الاصول قبل الابار وأما ان كان اشتراها بعد الابار فالثمرة للمستحق عند ابن القاسم ان جذت ويرجع بالسقى والعلاج وقال أشهب هى للمستحق ما لم تجذ والارض اذا استحقت فالكراء انما هو للمستحق ان وقع الاستحقاق فى ابان زريعة الارض وأما اذا خرج الابان فقد وجب كراء الارض للمستحق منه وأما ان كان تغير بنقصان فان كان من غير سبب المستحق من يديه فلا شئ على المستحق من يديه وأما ان كان أخذ له ثمنا مثل أن يهدم الدار فيبيع نقضها ثم يستحقها من يده رجل آخر فانه يرجع عليه بثمن ما باع من النقض قال القاضى ولم أجد فى هذا الباب خلافا يعتمد عليه فيما نقلته فيه من مذهب مالك وأصحابه وهى أصولهم فى هذا الباب ولكن يجىء على أصول الغير انه اذا كان المستحق مشترى بعرض وكان العرض قد ذهب أن يرجع المستحق من يده بعرض مثله لا بقيمته وهم الذين يرون فى جميع المتلفات المثل وكذلك يجىء على أصول الغير أن يرجع على المشترى اذا استحق منه قليل أو كثير لانه لم يدخل على الباقى ولا انعقد عليه بيع ولا وقع به تراض كمل كتاب الاستحقاق بحمد الله

﴿ بسم الله الرحمن الرحيم وصلى الله على سيدنا محمد وآله وصحبه وسلم تسليما ﴾

﴿ كتاب الهبات ﴾

والنظر فى الهبة فى أركانها وفى شروطها وفى أنواعها وفى أحكامها ونحن فانما نذكر من هذه الاجناس ما فيها من المسائل المشهورة (فنقول) أما الاركان فهى ثلاثة الواهب والموهوب له والهبة أما الواهب فانهم اتفقوا على انه تجوز هبته اذا كان مالكا للموهوب صحيح الملك وذلك اذا كان فى حال الصحة وحال اطلاق اليد واختلفوا فى حال المرض وفى حال السفه والفلس أما المريض فقال الجمهور انها فى ثلثه تشبيها بالوصية أعنى الهبة التامة بشروطها وقالت طائفة من السلف وجماعة أهل الظاهر ان هبته تخرج من رأس ماله اذا مات ولا خلاف بينهم أنه اذا صح من مرضه أن الهبة صحيحة وعمدة الجمهور حديث عمران بن حصين عن النبى عليه الصلاة والسلام فى الذى أعتق ستة أعبد عند موته فامره رسول الله صلى الله عليه وسلم فأعتق ثلثهم وأرق الباقى وعمدة أهل الظاهر استصحاب الحال أعنى حال الاجماع

وذلك أنهم لما اتفقوا على جواز هبته فى الصحة وجب استصحاب حكم الاجماع فى المرض الا أن يدل دليل من كتاب أو سنة بينة والحديث عندهم محمول على الوصية والامراض التى يحجر فيها عند الجمهور هى الامراض المخوفة وكذلك عند مالك الحالات المخوفة مثل الكون بين الصفين وقرب الحامل من الوضع وراكب البحر المرتج وفيه اختلاف وأما الامراض المزمنة فليس عندهم فيها تحجير وقد تقدم هذا فى كتاب الحجر وأما السفهاء والمفلسون فلا خلاف عند من يقول بالحجر عليهم ان هبتهم غير ماضية وأما الموهوب فكل شئ صح ملكه واتفقوا على أن للانسان ان يهب جميع ماله للاجنبي واختلفوا فى تفضيل الرجل بعض ولده على بعض فى الهبة أو فى هبة جميع ماله لبعضهم دون بعض فقال جمهور فقهاء الامصار بكراهية ذلك له ولكن اذا وقع عندهم جاز وقال أهل الظاهر لا يجوز التفضيل فضلا عن ان يهب بعضهم جميع ماله وقال مالك يجوز التفضيل ولا يجوز ان يهب بعضهم جميع المال دون بعض ودليل أهل الظاهر حديث النعمان بن بشير وهو حديث متفق على صحته وان كان قد اختلف فى ألفاظه والحديث أنه قال ان أباه بشيرا أتى به الى رسول الله صلى الله عليه وسلم فقال انى نحلت ابنى هذا غلاما كان لى فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم أكل ولدك نحلته مثل هذا قال لا قال رسول الله صلى الله عليه وسلم فارتجعه واتفق مالك والبخارى ومسلم على هذا اللفظ قالوا والارتجاع يقتضى بطلان الهبة وفى بعض ألفاظ روايات هذا الحديث أنه قال عليه الصلاة والسلام هذا جور وعمدة الجمهور أن الاجماع منعقد على أن للرجل ان يهب فى صحته جميع ماله للاجانب دون أولاده فاذا كان ذلك للاجنبي فهو للولد أحرى واحتجوا بحديث أبى بكر المشهور أنه كان نحل عائشة جذاذ عشرين وسقا من مال الغابة فلما حضرته الوفاة قال والله يا بنية ما من الناس أحد أحب الى غنى بعدى منك ولا أعز على فقرا بعدى منك وانى كنت نحلتك جذاذ عشرين وسقا فلو كنت جذذتيه واحتزتيه كان لك وانما هو اليوم مال وارث قالوا وذلك الحديث المراد به الندب والدليل على ذلك أن فى بعض رواياته ألست تريد ان يكونوا لك فى البر واللطف سواء قال نعم قال فاشهد على هذا غيرى وأما مالك فانه رأى أن النهى عن ان يهب الرجل جميع ماله لواحد من ولده هو أحرى ان يحمل على الوجوب فاوجب عنده مفهوم هذا الحديث النهى عن ان يخص الرجل بعض أولاده بجميع ماله فسبب الخلاف فى هذه المسئلة معارضة القياس للفظ النهى الوارد وذلك أن النهى يقتضى عند الاكثر بصيغته التحريم كما يقتضى الامر الوجوب فمن ذهب الى الجمع بين السماع والقياس حمل الحديث على الندب أو خصصه فى بعض الصور كما فعل مالك ولا خلاف عند القائلين بالقياس أنه يجوز تخصيص عموم السنة بالقياس وكذلك العدول بها عن ظاهرها أعنى ان يعدل بلفظ النهى عن مفهوم الحظر الى مفهوم الكراهية وأما أهل الظاهر فلما لم يجز عندهم القياس فى الشرع اعتمدوا ظاهر الحديث وقالوا بتحريم التفضيل فى الهبة واختلفوا من هذا الباب فى جواز هبة المشاع غير المقسوم فقال مالك والشافعى وأحمد وأبو ثور تصح وقال أبو حنيفة لا تصح وعمدة الجماعة أن القبض فيها يصح كالقبض فى البيع وعمدة أبى حنيفة أن القبض فيها لا يصح الا مفردة كالرهن ولا خلاف فى المذهب فى جواز هبة المجهول والمعدوم المتوقع الوجود وبالجملة كل ما لا يصح بيعه فى الشرع من جهة الغرر وقال الشافعى ما جاز بيعه جازت هبته كالدين وما لم يجز بيعه لم تجز هبته وكل ما لا يصح قبضه عند الشافعى لا تصح هبته كالدين والرهن وأما الهبة

فلابد من الايجاب فيها والقبول عند الجميع ومن شرط الموهوب له أن يكون ممن يصح قبوله وقبضه وأما الشروط فأشهرها القبض أعنى ان العلماء اختلفوا هل القبض شرط فى صحة العقد أم لا فاتفق الثورى والشافعى وأبو حنيفة ان من شرط صحة الهبة القبض وانه اذا لم يقبض لم يلزم الواهب وقال مالك ينعقد بالقول ويجبر على القبض كالبيع سواء فان تأنى الموهوب له عن طلب القبض حتى أفلس الواهب أو مرض بطلت الهبة وله اذا باع تفصيل ان علم فتوانى لم يكن له الا الثمن وان قام فى الفور كان له الموهوب فمالك القبض عنده فى الهبة من شروط التمام لا من شروط الصحة وهو عند الشافعى وأبى حنيفة من شروط الصحة وقال أحمد وأبو ثور تصح الهبة بالعقد وليس القبض من شروطها أصلا لا من شرط تمام ولا من شرط صحة وهو قول أهل الظاهر وقد روى عن أحمد بن حنبل ان القبض من شروطها فى المكيل والموزون فعمدة من لم يشترط القبض فى الهبة تشبيهها بالبيع وأن الاصل فى العقود أن لا قبض مشترط فى صحتها حتى يقوم الدليل على اشتراط القبض وعمدة من اشترط القبض ان ذلك مروى عن أبى بكر رضى الله عنه فى حديث هبته لعائشة المتقدم وهو نص فى اشتراط القبض فى صحة الهبة وماروى مالك عن عمر أيضا أنه قال ما بال رجال ينحلون أبناءهم نحلا ثم يمسكونها فان مات ابن أحدهم قال مالى بيدى لم أعطه أحدا وان مات قال هو لابنى قد كنت أعطيته اياه فمن نحل نحلة فلم يحزها الذى نحلها للمنحول له وأبقاها حتى تكون ان مات لورثته فهى باطلة وهو قول على قالوا وهو اجماع من الصحابة لانه لم ينقل عنهم فى ذلك خلاف وأما مالك فاعتمد الامرين جميعا أعنى القياس وماروى عن الصحابة وجمع بينهما فمن حيث هى عقد من العقود لم يكن عنده شرطا من شروط صحتها القبض ومن حيث شرطت الصحابة فيه القبض اسد الذريعة التى ذكرها عمر جعل القبض فيها من شرط التمام ومن حق الموهوب له وأنه ان تراخى حتى يفوت القبض بمرض أو افلاس على الواهب سقط حقه وجمهور فقهاء الامصار على ان الاب يحوز لابنه الصغير الذى فى ولاية نظره وللكبير السفيه الذى ماوهبه له كما يحوز لهم ماوهبه غيره لهم وأنه يكفى فى الحيازة له اشهاده بالهبة والاعلان بذلك وذلك كله فيما عدا الذهب والفضة وفيما لا يتعين والاصل فى ذلك عندهم مارواه مالك عن ابن شهاب عن سعيد بن المسيب أن عثمان بن عفان قال من نحل ابناله صغيرا لم يبلغ ان يحوز نحلته فاعلن ذلك وأشهد عليه فهى حيازة وان وليها وقال مالك وأصحابه لابد من الحيازة فى المسكون والملبوس فان كانت دارا سكن فيها خرج منها وكذلك الملبوس ان لبسه بطلت الهبة وقالوا فى سائر العروض بمثل قول الفقهاء أعنى انه يكفى فى ذلك اعلانه واشهاده وأما الذهب والورق فاختلفت الرواية فيه عن مالك فروى عنه أنه لا يجوز الا ان يخرجه الاب عن يده الى يد غيره وروى عنه أنه يجوز اذا جعلها فى ظرف أو اناء وختم عليها بخاتم وأشهد على ذلك الشهود ولا خلاف بين أصحاب مالك ان الوصى يقوم فى ذلك مقام الاب واختلفوا فى الام فقال ابن القاسم لا تقوم مقام الأب ورواه عن مالك وقال غيره من أصحابه تقوم وبه قال أبو حنيفة وقال الشافعى الجد بمنزلة الاب والجدة عند ابن وهب أم الأم تقوم مقام الام والام عنده تقوم مقام الأب

﴿ القول فى أنواع الهبات ﴾

والهبة منها ماهى هبة عين ومنها ماهى هبة منفعة وهبة العين منها مايقصد بها الثواب ومنها مالا يقصد بها

الثواب والتى يقصد بها الثواب منها ما يقصد بها وجه الله ومنها ما يقصد به وجه المخلوق فاما الهبة لغير الثواب فلا خلاف فى جوازها وانما اختلفوا فى أحكامها وأما هبة الثواب فاختلفوا فيها فاجازها مالك وأبو حنيفة ومنعها الشافعى وبه قال داود وأبو ثور وسبب الخلاف هل هى بيع مجهول الثمن أو ليس بيعا مجهول الثمن فمن رآه بيعا مجهول الثمن قال هو من بيوع الغرر التى لا تجوز ومن لم يرانها بيع مجهول قال يجوز وكأن مالكا جعل العرف فيها بمنزلة الشرط وهو ثواب مثلها ولذلك اختلف القول عندهم اذا لم يرض الواهب بالثواب ما الحكم فقيل تلزمه الهبة اذا أعطاه الموهوب القيمة وقيل لا تلزمه الا ان يرضيه وهو قول عمر على ما سيأتى بعد فاذا اشترط فيه الرضا فليس هنالك بيع انعقد والاول هو المشهور عن مالك وأما اذا ألزم القيمة فهنالك بيع انعقد وانما يحمل مالك الهبة على الثواب اذا اختلفوا فى ذلك وخصوصا اذا دلت قرينة الحال على ذلك مثل ان يهب الفقير للغنى أو لمن يرى انه انما قصد بذلك الثواب وأما هبات المنافع فمنها ما هى مؤجلة وهذه تسمى عارية ومنحة وما أشبه ذلك ومنها ما يشترط فيها ما بقيت حياة الموهوب له وهذه تسمى العمرى مثل ان يهب رجل رجلا سكنى دار حياته وهذه اختلف العلماء فيها على ثلاثة أقوال أحدها انها هبة مبتوتة أى انها هبة للرقبة وبه قال الشافعى وأبو حنيفة والثورى وأحمد وجماعة والقول الثانى انه ليس للمعمر فيها الا المنفعة فاذا مات عادت الرقبة للمعمر أو الى ورثته وبه قال مالك وأصحابه وعنده انه ان ذكر العقب عادت اذا انقطع العقب الى المعمر أو الى ورثته والقول الثالث انه اذا قال هى عمرى لك ولعقبك كانت الرقبة ملكا للمعمر فاذا لم يذكر العقب عادت الرقبة بعد موت المعمر للمعمر أو لورثته وبه قال داود وأبو ثور وسبب الخلاف فى هذا الباب اختلاف الآثار ومعارضة الشرط والعمل للاثر اما الأثر ففى ذلك حديثان أحدهما متفق على صحته وهو مارواه مالك عن جابر أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال أيما رجل أعمر عمرى له ولعقبه فانها للذى يعطاها لا ترجع الى الذى أعطاها أبدا لانه أعطى عطاء وقعت فيه المواريث والحديث الثانى حديث أبى الزبير عن جابر قال قال رسول الله صلى الله عليه وسلم يامعشر الانصار امسكوا عليكم أموالكم ولا تعمروها فمن أعمر شيأ حياته فهو له حياته ومماته وقد روى عن جابر بلفظ آخر لا تعمروا ولا ترقبوا فمن أعمر شيأ أو أرقبه فهو لورثته فحديث أبى الزبير عن جابر مخالف لشرط المعمر وحديث مالك عنه مخالف أيضا الشرط المعمر الا انه يخيل انه أقل فى المخالفة وذلك ان ذكر العقب يوهم تبتيت العطية فمن غلب الحديث على الشرط قال بحديث أبى الزبير عن جابر وحديث مالك عن جابر ومن غلب الشرط قال بقول مالك واما من قال ان العمرى تعود الى المعمر ان لم يذكر العقب ولا تعود ان ذكر فانه أخذ بظاهر الحديث وأما حديث أبى الزبير عن جابر فمختلف فيه أعنى رواية أبى الزبير عن جابر وأما اذا أتى بلفظ الاسكان فقال أسكنتك هذه الدار حياتك فالجمهور على ان الاسكان عندهم أو الاخدام بخلاف العمرى وان لفظ بالعقب فسوى مالك بين التعمير والاسكان وكان الحسن وعطاء وقتادة يسوون بين السكنى والتعمير فى انها لا تنصرف الى المسكن أبدا على قول الجمهور فى العمرى والحق ان الاسكان والتعمير معنى المفهوم منهما واحد وانه يجب ان يكون الحكم اذا صرح بالعقب مخالفا له اذا لم يصرح بذكر العقب على ما ذهب اليه أهل الظاهر

﴿ القول فى الاحكام ﴾

ومن مسائلهم المشهورة فى هـذا الباب جواز الاعتصار فى الهبة وهو الرجوع فيها فذهب مالك وجمهور علماء المدينة ان للاب ان يعتصر ماوهبه لابنه مالم يتزوج الابن أولم يستحدث دينا وبالجملة مالم يترتب عليه حق الغير وان للام أيضا ان تعتصر ماوهبت ان كان الأب حيا وقدروى عن مالك انها لاتعتصر وقال أحمد وأهل الظاهر لايجوز لأحد ان يعتصر ماوهبه وقال أبوحنيفة يجوز لكل أحد ان يعتصر ماوهبه الاماوهب لذى رحم محرمة عليه وأجمعوا على ان الهبة التى يرادبها الصدقة أى وجه الله انه لايجوز لاحد الرجوع فيها وسبب الخلاف فى هـذا الباب تعارض الآثار فمن لم يرالاعتصار أصلا احتج بعموم الحديث الثابت وهو قوله عليه الصلاة والسلام العائد فى هبته كالكلب يعود فى قيئه ومن استثنى الابوين احتج بحديث طاوس انه قال عليه الصلاة والسلام لايحل لواهب ان يرجع فى هبته الا الوالد وقاس الأم على الوالد وقال الشافعى لواتصل حديث طاوس لقلت به وقال غيره قداتصل من طريق حسين المعلم وهو ثقة وأمامن أجاز الاعتصار الالذوى الرحم المحرمة فاحتج بمارواه مالك عن عمر بن الخطاب رضى الله عنه انه قال من وهب هبة لصلة رحم أوعلى جهة صدقة فانه لايرجع فيها ومن وهب هبة يرى انه انما أراد الثواب بها فهو على هبته يرجع فيها اذالم يرض منها قالوا وأيضا فان الاصل ان من وهب شيأ عن غير عوض انه لايقضى عليه به كالوعد الا ما اتفقوا عليه من الهبة على وجه الصدقة وجمهور العلماء على ان من تصدق على ابنه فمات الابن بعدان حازها فانه يرثها وفى مرسلات مالك ان رجلا انصار با من الخزرج تصدق على أبويه بصدقة فهلكا فورث ابنهما المال وهو نخل فسأل عن ذلك النبى عليه الصلاة والسلام فقال قدأجرت فى صدقتك وخذها بميراثك وخرج أبوداود عن عبدالله بن بريدة عن أبيه عن امرأة أتت رسول الله صلى الله عليه وسلم فقالت كنت قدتصدقت على أمى بوليدة وانهاماتت وتركت تلك الوليدة فقال صلى الله عليه وسلم وجب أجرك ورجعت اليك بالميراث وقال أهل الظاهر لايجوز الاعتصار لاحد لعموم قوله عليه الصلاة والسلام لعمر لاتشتره فى الفرس الذى تصدق به فان العائد فى هبته كالكلب يعود فى قيئه والحديث متفق على صحته قال القاضى والرجوع فى الهبة ليس من محاسن الاخلاق والشارع عليه الصلاة والسلام انمابعث ليتمم محاسن الاخلاق وهذا القدركاف فى هذا الباب

﴿ بسم الله الرحمن الرحيم وصلى الله على سيدنا محمد وآله وصحبه وسلم تسليما ﴾

﴿ كتاب الوصايا ﴾

والنظر فيها ينقسم أولا قسمين القسم الأوّل النظر فى الأركان والثانى فى الأحكام ونحن فانما نتكلم من هذه فيما وقع فيهما من المسائل المشهورة

﴿ القول فى الاركان ﴾

والأركان أربعة الموصى والموصى له والموصى به والوصية أما الموصى فاتفقوا على انه كل مالك صحيح الملك ويصح عندمالك وصية السفيه والصبى الذى يعقل القرب وقال أبوحنيفة لاتجوز وصية الصبى الذى لم يبلغ وعن الشافعى القولان وكذلك وصية الكافر تصح عندهم اذالم يوص بمحرم وأما الموصى له فانهم اتفقوا على ان الوصية لاتجوز لوارث لقوله عليه الصلاة والسلام لاوصية لوارث واختلفوا اهل تجوز لغير القرابة فقال جهور العلماء انها تجوز لغير الاقربين مع الكراهية وقال الحسن وطاوس تردالوصية

على القرابة وبه قال اسحق وحجة هؤلاء ظاهر قوله تعالى (الوصية للوالدين والأقربين) والالف واللام تقتضي الحصر واحتج الجمهور بحديث عمران بن الحصين المشهور وهو ان رجلا أعتق ستة أعبد له في مرضه عند موته لامال له غيرهم فاقرع رسول الله صلى الله عليه وسلم بينهم فاعتق اثنين وأرق أربعة والعبيد غير القرابة واجمعوا كما قلنا انها لاتجوز لوارث اذا لم يجزها الورثة واختلفوا كما قلنا اذا أجازتها الورثة فقال الجمهور تجوز وقال أهل الظاهر والمزني لاتجوز وسبب الخلاف هل المنع لعلة الورثة أو عبادة فمن قال عبادة قال لاتجوز وان أجازها الورثة ومن قال بالمنع لحق الورثة أجازها اذا أجازها الورثة وتردد هذا الخلاف راجع الى تردد المفهوم من قوله عليه الصلاة والسلام لاوصية لوارث هل هو معقول المعنى أم ليس بمعقول واختلفوا في الوصية للميت فقال قوم تبطل بموت الموصى له وهم الجمهور وقال قوم لاتبطل وفي الوصية للقاتل خطأ وعمدا وفي هذا الباب فرع مشهور وهو اذا أذن الورثة للميت هل لهم ان يرجعوا في ذلك بعد موته فقيل لهم وقيل ليس لهم وقيل بالفرق بين ان يكون الورثة في عيال الميت أو لايكونوا أعني انهم ان كانوا في عياله كان لهم الرجوع والثلاثة الاقوال في المذهب

﴿ القول في الموصى به ﴾

والنظر في جنسه وقدره أما جنسه فانهم اتفقوا على جواز الوصية في الرقاب واختلفوا في المنافع فقال جمهور فقهاء الأمصار ذلك جائز وقال ابن أبي ليلى وابن شبرمة وأهل الظاهر الوصية بالمنافع باطلة وعمدة الجمهور ان المنافع في معنى الاموال وعمدة الطائفة الثانية ان المنافع منتقلة الى ملك الوارث لان الميت لاملك له فلا تصح له وصية بما يوجد في ملك غيره والى هذا القول ذهب أبو عمر بن عبد البر وأما القدر فان العلماء اتفقوا على انه لاتجوز الوصية في أكثر من الثلث لمن ترك ورثة واختلفوا فيمن لم يترك ورثة وفي القدر المستحب منها هل هو الثلث أو دونه وانما صار الجميع الى ان الوصية لاتجوز في أكثر من الثلث لمن له وارث بما ثبت عنه صلى الله عليه وسلم انه عاد سعد بن أبي وقاص فقال له يارسول الله قد بلغ مني الوجع ماترى وأنا ذو مال ولا يرثني الا ابنة لي أفأتصدق بثلثي مالي فقال له رسول الله صلى الله عليه وسلم لا فقال له سعد فالشطر قال لا ثم قال رسول الله صلى الله عليه وسلم الثلث والثلث كثير انك أن تذر ورثتك أغنياء خير من ان تذرهم عالة يتكففون الناس فصار الناس لمكان هذا الحديث الى ان الوصية لاتجوز بأكثر من الثلث واختلفوا في المستحب من ذلك فذهب قوم الى انه مادون الثلث لقوله عليه الصلاة والسلام في هذا الحديث والثلث كثير وقال بهذا كثير من السلف قال قتادة أوصى أبو بكر بالخمس وأوصى عمر بالربع والخمس أحب الي وأما من ذهب الى ان المستحب هو الثلث فانهم اعتمدوا على ماروى عن النبي صلى الله عليه وسلم انه قال ان الله جعل لكم في الوصية ثلث أموالكم زيادة في أعمالكم وهذا الحديث ضعيف عند أهل الحديث وثبت عن ابن عباس انه قال لو غض الناس في الوصية من الثلث الى الربع لكان أحب الي لان رسول الله صلى الله عليه وسلم قال الثلث والثلث كثير وأما اختلافهم في جواز الوصية بأكثر من الثلث لمن لاوارث له فان مالكا لايجيز ذلك والاوزاعي واختلف فيه قول أحمد وأجاز ذلك أبو حنيفة واسحق وهو قول ابن مسعود وسبب الخلاف هل هذا الحكم خاص بالعلة التي علله بها الشارع أم ليس بخاص وهو أن لايترك ورثته عالة يتكففون الناس كما قال عليه الصلاة والسلام

انك أن تذر ورثتك أغنياء خير من ان تذرهم عالة يتكففون الناس فمن جعل هذا السبب خاصا وجب ان يرتفع الحكم بارتفاع هذه العلة ومن جعل الحكم عبادة وان كان قد علل بعلة أوجعل جميع المسلمين فى هذا المعنى بمنزلة الورثة قال لا تجوز الوصية باطلاق بأكثر من الثلث

﴿ القول فى المعنى الذى يدل عليه لفظ الوصية ﴾

والوصية بالجملة هى هبة الرجل ماله لشخص آخر أو لأشخاص بعد موته أو عتق غلامه سواء صرح بلفظ الوصية أو لم يصرح به وهذا العقد عندهم هو من العقود الجائزة باتفاق أعنى ان للموصى ان يرجع فيما أوصى به الا المدبر فانهم اختلفوا فيه على ماسيأتى فى كتاب التدبير وأجمعوا على أنه لا يجب للموصى له الا بعد موت الموصى واختلفوا فى قبول الموصى له هل هو شرط فى صحتها أم لا فقال مالك قبول الموصى له اياها شرط فى صحة الوصية وروى عن الشافعى انه ليس القبول شرطا فى صحتها ومالك شبهها بالهبة

﴿ القول فى الاحكام ﴾

وهذه الأحكام منها لفظية ومنها حسابية ومنها حكمية فمن مسائلهم المشهورة الحكمية اختلافهم فى حكم من أوصى بثلث ماله لرجل وعين ماأوصى له به فى ماله مما هو الثلث فقال الورثة ذلك الذى عين أكثر من الثلث فقال مالك الورثة مخيرون بين ان يعطوه ذلك الذى عينه الموصى أو يعطوه الثلث من جميع مال الميت وخالفه فى ذلك أبو حنيفة والشافعى وأبو ثور وأحمد وداود وعمدتهم أن الوصية قد وجبت للموصى له بموت الموصى وقبوله اياها باتفاق فكيف ينقل عن ملكه ماوجب له بغير طيب نفس منه وتغير الوصية وعمدة مالك امكان صدق الورثة فيما ادعوه وما أحسن مارأى أبو عمر بن عبد البر فى هذه المسئلة وذلك أنه قال اذا ادعى الورثة ذلك كلفوا بيان ماادعوا فان ثبت ذلك أخذ منه الموصى له قدر الثلث من ذلك الشئ الموصى به وكان شريكا للورثة وان كان الثلث فأقل جبروا على اخراجه واذا لم يختلفوا فى أن ذلك الشئ الموصى به هو فوق الثلث فعند مالك ان الورثة مخيرون بين ان يدفعوا اليه ماوصى له به أو يفرجوا له عن جميع ثلث مال الميت اما فى ذلك الشئ بعينه واما فى جميع المال على اختلاف الرواية عن مالك فى ذلك وقال أبو حنيفة والشافعى له ثلث تلك العين ويكون بباقيه شريكا للورثة فى جميع ماترك الميت حتى يستوفى تمام الثلث وسبب الخلاف أن الميت لما تعدى فى ان جعل وصيته فى شئ بعينه فهل الأعدل فى حق الورثة ان يخيروا بين امضاء الوصية أو يفرجوا له الى غاية مايجوز للميت ان يخرج عنهم من ماله أو يبطل التعدى ويعود ذلك الحق مشتركا وهذا هو الأولى اذا قلنا ان التعدى هو فى التعيين لكونه أكثر من الثلث أعنى ان الواجب ان يسقط التعيين وأما ان يكلف الورثة أن يمضوا التعيين أو يتخلوا عن جميع الثلث فهو حمل عليهم ومن هذا الباب اختلافهم فيمن وجبت عليه زكاة فمات ولم يوص بها واذا وصى بها فهل هى من الثلث أو من رأس المال فقال مالك اذا لم يوص بها لم يلزم الورثة اخراجها وقال الشافعى يلزم الورثة اخراجها من رأس المال واذا وصى بها فعند مالك يلزم الورثة اخراجها وهى عنده من الثلث وهى عند الشافعى فى الوجهين من رأس المال شبهها بالدين لقول رسول الله صلى الله عليه وسلم فدين الله أحق ان يقضى وكذلك الكفارات الواجبة والحج الواجب عنده ومالك يجعلها من جنس الوصايا بالتوصية باخراجها بعد الموت ولا خلاف انه لو أخرجها فى الحياة انها من رأس المال ولو كان

فى السياق وكأن مالكا اتهمه هنا على الورثة أعنى فى توصيته باخراجها قال ولو أجيز هذا الجاز للانسان ان يؤخر جميع زكاته طول عمره حتى اذا دنا من الموت وصى بها فاذا زاحمت الوصايا الزكاة قدمت عند مالك على ما هو أضعف منها وقال أبو حنيفة هى وسائر الوصايا سواء يريد فى المحاصة واتفق مالك وجميع أصحابه على أن الوصايا التى يضيق عنها الثلث اذا كانت مستوية انها تتحاص فى الثلث واذا كان بعضها أهم من بعض قدم الاهم واختلفوا فى الترتيب على ما هو مسطور فى كتبهم ومن مسائلهم الحسابية المشهورة فى هذا الباب اذا أوصى لرجل بنصف ماله ولآخر بثلثيه ورد الورثة الزائد فعند مالك والشافعى انهما يقتسمان الثلث بينهما أخماسا وقال أبو حنيفة بل يقتسمان الثلث بالسوية وسبب الخلاف هل الزائد على الثلث الساقط هل يسقط الاعتبار به فى القسمة كما يسقط فى نفسه باسقاط الورثة فمن قال يبطل فى نفسه ولا يبطل الاعتبار به فى القسمة اذ كان مشاعا قال يقتسمون المال أخماسا ومن قال يبطل الاعتبار به كما لو كان معينا قال يقتسمون الباقى على السواء ومن مسائلهم اللفظية فى هذا الباب اذا أوصى بجزء من ماله وله مال يعلم به ومال لا يعلم به فعند مالك ان الوصية تكون فيما علم به دون ما لم يعلم وعند الشافعى تكون فى المالين وسبب الخلاف هل اسم المال الذى نطق به يتضمن ما علم وما لم يعلم أو ما علم فقط والمشهور عن مالك أن المدبر يكون فى المالين اذا لم يخرج من المال الذى يعلم وفى هذا الباب فروع كثيرة وكلها راجعة الى هذه الثلاثة الأجناس ولا خلاف بينهم ان للرجل ان يوصى بعد موته بأولاده وأن هذه خلافة جزئية كالخلافة العظمى الكلية التى للامام ان يوصى بها

﴿ بسم الله الرحمن الرحيم وصلى الله على سيدنا محمد وآله وصحبه وسلم تسليما ﴾

﴿ كتاب الفرائض ﴾

والنظر فى هذا الكتاب فيمن يرث وفيمن لا يرث ومن يرث هل يرث دائما أو مع وارث دون وارث واذا ورث مع غيره فكم يرث وكذلك اذا ورث وحده كم يرث واذا ورث مع وارث فهل يختلف ذلك بحسب وارث وارث أو لا يختلف والتعليم فى هذا يمكن على وجوه كثيرة قد سلك أكثرها أهل الفرائض والسبيل الحاضرة فى ذلك بان يذكر حكم جنس جنس من أجناس الورثة اذا انفرد ذلك الجنس وحكمه مع سائر الأجناس الباقية مثال ذلك ان ينظر الى الولد اذا انفرد كم ميراثه ثم ينظر حاله مع سائر الأجناس الباقية من الوارثين فاما الأجناس الوارثة فهى ثلاثة ذوو نسب وأصهار وموالى فاما ذوو النسب فمنها متفق عليها ومنها مختلف فيها فاما المتفق عليها فهى الفروع أعنى الاولاد والاصول أعنى الآباء والأجداد ذكورا كانوا أو اناثا وكذلك الفروع المشاركة للميت فى الأصل الادنى أعنى الاخوة ذكورا أو اناثا أو المشاركة الادنى أو الابعد فى أصل واحد وهم الأعمام و بنو الاعمام وذلك الذكور من هؤلاء خاصة فقط وهؤلاء اذا فصلوا كانوا من الرجال عشرة ومن النساء سبعة أما الرجال فالابن وابن الابن وان سفل والاب والجد أبو الاب وان علا والاخ من أى جهة كان أعنى للام والاب أو لاحدهما وابن الاخ وان سفل والعم وابن العم وان سفل والزوج ومولى النعمة وأما النساء فالابنة وابنة الابن وان سفلت والام والجدة وان علت والاخت والزوجة والمولاة وأما المختلف فيهم فهم ذوو الارحام وهم من لا فرض لهم فى كتاب الله ولا هم عصبة وهم بالجملة بنو البنات و بنات الاخوة وبنو الاخوات و بنات الاعمام والعم أخو الاب للام

فقط وبنو الاخوة للام والعمات والخالات والأخوال فذهب مالك والشافعي وأكثر فقهاء الأمصار وزيد بن ثابت من الصحابة الى أنه لاميراث لهم وذهب سائر الصحابة وفقهاء العراق والكوفة والبصرة وجماعة من العلماء من سائر الآفاق الى توريثهم والذين قالوا بتوريثهم اختلفوا في صفة توريثهم فذهب أبو حنيفة وأصحابه الى توريثهم على ترتيب العصبات وذهب سائر من ورثهم الى التنزيل وهو ان ينزل كل من أدلى منهم بذي سهم أو عصبة بمنزلة السبب الذي أدلى به وعمدة مالك ومن قال بقوله ان الفرائض لما كانت لامجال للقياس فيها كان الاصل أن لا يثبت فيها شيء الا بكتاب أو سنة ثابتة أو اجماع وجميع ذلك معدوم في هذه المسئلة وأما الفرقة الثانية فزعموا أن دليلهم على ذلك من الكتاب والسنة والقياس أما الكتاب فقوله تعالى (وأولوا الارحام بعضهم أولى ببعض) وقوله تعالى (للرجال نصيب مما ترك الوالدان والاقربون) واسم القرابة ينطلق على ذوي الارحام ويرى المخالف أن هذه مخصوصة بآيات المواريث وأما السنة فاحتجوا بما خرجه الترمذي عن عمر بن الخطاب أنه كتب الى أبي عبيدة أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال الله ورسوله مولى من لا مولى له والخال وارث من لا وارث له وأما من طريق المعنى فان القدماء من أصحاب أبي حنيفة قالوا ان ذوي الارحام أولى من المسلمين لانهم قد اجتمع لهم سببان القرابة والاسلام فاشبهوا تقديم الاخ الشقيق على الأخ للاب أعني أن من اجتمع له سببان أولى ممن له سبب واحد وأما أبو زيد ومتأخرو أصحابه فشبهوا الارث بالولاية وقالوا لما كانت ولاية التجهيز والصلاة والدفن للميت عند فقد أصحاب الفروض والعصبات لذوي الارحام وجب ان يكون لهم ولاية الارث وللفريق الاول اعتراضات في هذه المقاييس فيها ضعف واذ قد تقرر هذا فلنشرع في ذكر جنس جنس من أجناس الوارثين ونذكر من ذلك ما يجري مجرى الاصول من المسائل المشهورة المتفق عليها والمختلف فيها

﴿ ميراث الصلب ﴾

وأجمع المسلمون على أن ميراث الولد من والدهم ووالدتهم ان كانوا ذكورا واناثا معا هو أن للذكر منهم مثل حظ الانثيين وأن الابن الواحد اذا انفرد فله جميع المال وأن البنات اذا انفردن فكانت واحدة ان لها النصف وان كن ثلاثا فما فوق ذلك فلهن الثلثان واختلفوا في الاثنتين فذهب الجمهور الى أن لهما الثلثين وروى عن ابن عباس انه قال للبنتين النصف والسبب في اختلافهم تردد المفهوم في قوله تعالى (فان كن نساء فوق اثنتين فلهن ثلثا ما ترك) هل حكم الاثنتين المسكوت عنه يلحق بحكم الثلاثة أو بحكم الواحدة والاظهر من باب دليل الخطاب انهما لاحقان بحكم الواحدة وقد قيل ان المشهور عن ابن عباس مثل قول الجمهور وقد روى عن ابن عبد الله بن محمد بن عقيل عن حاتم بن عبد الله وعن جابر أن النبي صلى الله عليه وسلم أعطى البنتين الثلثين قال فيما أحسب أبو عمر بن عبد البر وعبد الله بن عقيل قد قبل جماعة من أهل العلم حديثه وخالفهم آخرون وسبب الاتفاق في هذه الجملة قوله تعالى (يوصيكم الله في أولادكم للذكر مثل حظ الانثيين) الى قوله (وان كانت واحدة فلها النصف) وأجمعوا من هذا الباب على أن بني البنين يقومون مقام البنين عند فقد البنين يرثون كما يرثون ويحجبون كما يحجبون الا شيء روى عن مجاهد انه قال ولد الابن لا يحجبون الزوج من النصف الى الربع كما يحجب الولد نفسه ولا الزوجة من الربع الى الثمن ولا الام من الثلث الى السدس وأجمعوا على انه ليس لبنات الابن ميراث

مع بنات الصلب اذا استكمل بنات المتوفى الثلثين واختلفوا اذا كان مع بنات الابن ذكر ابن ابن في مرتبتهن أو أبعد منهن فقال جمهور فقهاء الامصار انه يعصب بنات الابن فيما فضل عن بنات الصلب فيقسمون المال للذكر مثل حظ الانثيين وبه قال على رضى الله عنه وزيد بن ثابت من الصحابة وذهب أبو ثور وداود انه اذا استكمل البنات الثلثين ان الباقي لابن الابن دون بنات الابن كن في مرتبة واحدة مع الذكر أو فوقه أو دونه وكان ابن مسعود يقول في هذه للذكر مثل حظ الانثيين الا ان يكون الحاصل للنساء أكثر من السدس فلا تعطى الا السدس وعمدة الجمهور عموم قوله تعالى (يوصيكم الله في أولادكم للذكر مثل حظ الانثيين) وأن ولد الولد ولد من طريق المعنى وأيضا لما كان ابن الابن يعصب من في درجته في جملة المال فواجب أن يعصب في الفاضل من المال وعمدة داود وأبي ثور حديث ابن عباس عن النبي صلى الله عليه وسلم انه قال اقسموا المال بين أهل الفرائض على كتاب الله عز وجل فما أبقت الفرائض فلأولى رجل ذكر ومن طريق المعنى أيضا ان بنت الابن لما لم ترث مفردة من الفاضل عن الثلثين كان أحرى أن لا ترث مع غيرها وسبب اختلافهم تعارض القياس والنظر في الترجيح وأما قول ابن مسعود فبنى على أصله في أن بنات الابن لما كن لا يرثن مع عدم الابن أكثر من السدس لم يجب لهن مع الغير أكثر مما وجب لهن مع الانفراد وهي حجة قريبة من حجة داود والجمهور على أن ذكر ولد الابن يعصبهن كان في درجتهن أو أطرف منهن وشذ بعض المتأخرين فقال لا يعصبهن الا اذا كان في مرتبتهن وجمهور العلماء على انه اذا ترك المتوفى بنتا الصلب وبنت ابن أو بنات ابن ليس معهن ذكر ان لبنات الابن السدس تكملة الثلثين وخالفت الشيعة في ذلك فقالت لا ترث بنت الابن مع البنت شيأ كالحال في ابن الابن مع الابن فالاختلاف في بنات الابن في موضعين مع بني الابن ومع البنات فيما دون الثلثين وفوق النصف فالمتحصل فيهن اذا كن مع بني الابن انه قيل يرثن وقيل لا يرثن واذا قيل يرثن فقيل يرثن تعصيبا مطلقا وقيل يرثن تعصيبا الا ان يكون أكثر من السدس واذا قيل يرثن فقيل أيضا اذا كان ابن الابن في درجتهن وقيل كيفما كان والمتحصل في وراثتهن مع عدم ابن الابن فيما فضل عن النصف الى تكملة الثلثين قيل يرثن وقيل لا يرثن

(ميراث الزوجات)

وأجمع العلماء على أن ميراث الرجل من امرأته اذا لم تترك ولدا ولا ولد ابن النصف ذكرا كان الولد أو انثى الاما ذكرنا عن مجاهد وانها ان تركت ولدا فله الربع وأن ميراث المرأة من زوجها اذا لم يترك الزوج ولدا ولا ولد ابن الربع فان ترك ولدا أو ولد ابن فالثمن وانه ليس يحجبهن أحد عن الميراث ولا ينقصهن الا الولد وهذا لورود النص في قوله تعالى (ولكم نصف ما ترك أزواجكم ان لم يكن لهن ولد) الآية

﴿ ميراث الأب والأم ﴾

وأجمع العلماء على أن الأب اذا انفرد كان له جميع المال وانه اذا انفرد الابوان كان للام الثلث وللاب الباقي لقوله تعالى (وورثه أبواه فلامه الثلث) وأجمعوا على ان فرض الابوين من ميراث ابنهما اذا كان للابن ولد أو ولد ابن السدسان أعني ان لكل واحد منهما السدس لقوله تعالى (ولأبويه لكل واحد منهما السدس مما ترك ان كان له ولد) والجمهور على أن الولد هو الذكر دون الانثى وخالفهم في ذلك من شذ

وأجمعوا على أن الأب لا ينقص مع ذوى الفرائض من السدس وله مازاد وأجمعوا من هذا الباب على أن الام يحجبها الاخوة من الثلث الى السدس لقوله تعالى (فان كان له اخوة فلامه السدس) واختلفوا فى أقل ما يحجب الام من الثلث الى السدس من الاخوة فذهب على رضى الله عنه وابن مسعود الى أن الاخوة الحاجبين هما اثنان فصاعدا وبه قال مالك وذهب ابن عباس الى أنهم ثلاثة فصاعدا وأن الاثنين لا يحجبان الأم من الثلث الى السدس والخلاف آيل الى أقل ما ينطلق عليه اسم الجمع فمن قال أقل ما ينطلق عليه اسم الجمع ثلاثة قال الاخوة الحاجبون ثلاثة فما فوق ومن قال أقل ما ينطلق عليه اسم الجمع اثنان قال الاخوة الحاجبون هما اثنان أعنى فى قوله تعالى (فان كان له اخوة) ولا خلاف أن الذكر والانثى يدخلان تحت اسم الاخوة فى الآية وذلك عند الجمهور وقال بعض المتأخرين لا تنقل الأم من الثلث الى السدس بالأخوات المنفردات لأنه زعم انه ليس ينطلق عليهن اسم الاخوة الا أن يكون معهن أخ لموضع تغليب المذكر على المؤنث اذا اسم الاخوة هو جمع أخ والأخ مذكر واختلفوا من هذا الباب فيمن يرث السدس الذى تحجب عنه الأم بالاخوة وذلك اذا ترك المتوفى أبوين واخوة فقال الجمهور ذلك السدس للاب مع الأربعة الاسداس وروى عن ابن عباس أن ذلك السدس للاخوة الذين حجبوا وللاب الثلثان لأنه ليس فى الاصول من يحجب ولا يأخذ ما حجب الا الاخوة مع الآباء وضعف قوم الاسناد بذلك عن ابن عباس وقول ابن عباس هو القياس واختلفوا من هذا الباب فى التى تعرف بالغراوين وهى فيمن ترك زوجة وأبوين أو زوجا وأبوين فقال الجمهور فى الاولى للزوجة الربع وللام ثلث ما بقى وهو الربع من رأس المال وللاب ما بقى وهو النصف وقالوا فى الثانية للزوج النصف وللام ثلث ما بقى وهو السدس من رأس المال وللاب ما بقى وهو السدسان وهو قول زيد والمشهور من قول على رضى الله عنه وقال ابن عباس فى الاولى للزوجة الربع من رأس المال وللام الثلث منه أيضا لأنها ذات فرض وللاب ما بقى لأنه عاصب وقال أيضا فى الثانية للزوج النصف وللام الثلث لأنها ذات فرض مسمى وللاب ما بقى وبه قال شريح القاضى وداود وابن سيرين وجماعة وعمدة الجمهور ان الأب والأم لما كانا اذا انفردا بالمال كان للام الثلث وللاب الباقى وجب أن يكون الحال كذلك فيما بقى من المال وكأنهم رأوا أن يكون ميراث الأم أكثر من ميراث الأب خروجا عن الاصول وعمدة الفريق الآخر أن الأم ذات فرض مسمى والأب عاصب والعاصب ليس له فرض محدود مع ذى الفروض بل يقل ويكثر وما عليه الجمهور من طريق التعليل أظهر وما عليه الفريق الثانى مع عدم التعليل أظهر وأعنى بالتعليل ههنا أن يكون أحق سببى الانسان أولى بالايثار أعنى الأب من الأم

﴿ ميراث الاخوة للام ﴾

وأجمع العلماء على أن الاخوة للام اذا انفرد الواحد منهم ان له السدس ذكرا كان أو أنثى وانهم ان كانوا أكثر من واحد فهم شركاء فى الثلث على السوية للذكر منهم مثل حظ الانثى سواء وأجمعوا على أنهم لا يرثون مع أربعة وهم الأب والجد أبو الأب وان علا والبنون ذكرانهم واناثهم وبنو البنين وان سفلوا ذكرانهم واناثهم وهذا كله لقوله تعالى (وان كان رجل يورث كلالة أو امرأة وله أخ أو أخت) الآية وذلك أن الاجماع انعقد على أن المقصود بهذه الآية هم الاخوة للام فقط وقد قرئ وله أخ أو أخت من أمه

وكذلك أجمعوا فيما أحسب ههنا على أن الكلالة هى فقد الاصناف الاربعة التى ذكرنا من النسب أعنى الآباء والأجداد والبنين وبنى البنين

﴿ ميراث الاخوة للاب والأم أو للاب ﴾

وأجمع العلماء على أن الاخوة للاب والأم أو للاب فقط يرثون فى الكلالة أيضا أما الاخت اذا انفردت فان لها النصف وان كانتا اثنتين فلهما الثلثان كالحال فى البنات وانهم ان كانوا ذكورا واناثا فللذكر مثل حظ الانثيين كحال البنين مع البنات وهذا لقوله تعالى (يستفتونك قل الله يفتيكم فى الكلالة) الا انهم اختلفوا فى معنى الكلالة ههنا فى أشياء واتفقوا منها فى أشياء يأتى ذكرها ان شاء الله تعالى فمن ذلك انهم أجمعوا من هذا الباب على أن الاخوة للاب والأم ذكرانا كانوا أو اناثا انهم لا يرثون مع الولد الذكر شيأ ولا مع ولد الولد ولا مع الأب شيأ واختلفوا فيما سوى ذلك فمنها انهم اختلفوا فى ميراث الاخوة للاب والأم مع البنت أو البنات فذهب الجمهور الى انهن عصبة يعطون ما فضل عن البنات وذهب داود بن على الظاهرى وطائفة الى ان الأخت لا ترث مع البنت شيأ وعمدة الجمهور فى هذا حديث ابن مسعود عن النبى صلى الله عليه وسلم أنه قال فى ابنة وابنة ابن وأخت ان للبنت النصف ولابنة الابن السدس تكملة الثلثين ومابقى فللاخت وأيضا من جهة النظر لما أجمعوا على توريث الاخوة مع البنات فكذلك الاخوات وعمدة الفريق الآخر ظاهر قوله تعالى (ان امرؤ هلك ليس له ولد وله أخت) فلم يجعل للاخت شيأ الا مع عدم الولد والجمهور حملوا اسم الولد ههنا على الذكور دون الاناث وأجمع العلماء من هذا الباب على أن الاخوة للاب والأم يحجبون الاخوة للاب عن الميراث قياسا على بنى الابناء مع بنى الصلب قال أبو عمر وقد روى ذلك فى حديث حسن من رواية الآحاد العدول عن على رضى الله عنه قال قضى رسول الله صلى الله عليه وسلم ان أعيان بنى الأم يتوارثون دون بنى العلات وأجمع العلماء على ان الأخوات للاب والأم اذا استكملن الثلثين فانه ليس للاخوات للاب معهن شئ كالحال فى بنات الابن مع بنات الصلب وأنه ان كانت الاخت للاب والأم واحدة فللاخوات للاب ما كن بقية الثلثين وهو السدس واختلفوا اذا كان مع الأخوات للاب ذكر فقال الجمهور يعصبهن ويقتسمون المال للذكر مثل حظ الانثيين كالحال فى بنات الابن مع بنات الصلب واشترط مالك أن يكون فى درجتهن وقال ابن مسعود اذا استكمل الأخوات الشقائق الثلثين فالباقى للذكور من الاخوة للاب دون الاناث وبه قال أبو ثور وخالفه داود فى هذه المسئلة مع موافقته له فى مسئلة بنات الصلب وبنى البنين فان لم يستكملن الثلثين فللذكر عنده من بنى الأب مثل حظ الانثيين الا أن يكون الحاصل للنساء أكثر من السدس كالحال فى بنت الصلب مع بنى الابن وأدلة الفريقين فى هذه المسئلة هى تلك الأدلة بأعيانها وأجمعوا على أن الاخوة للاب يقومون مقام الاخوة للاب والام عند فقدهم كالحال فى بنى البنين مع البنين وانه اذا كان معهن ذكر عصبهن بان يبدأ بمن له فرض مسمى ثم يرثون الباقى للذكر مثل حظ الانثيين كالحال فى البنين الا فى موضع واحد وهى الفريضة التى تعرف بالمشتركة فان العلماء اختلفوا فيها وهى امرأة توفيت وتركت زوجها وأمها واخوتها لامها واخوتها لأبيها وأمها فكان عمر وعثمان وزيد بن ثابت يعطون للزوج النصف وللام السدس وللاخوة للام الثلث فيستغرقون المال فيبقى الاخوة للاب والأم

بلاشئ فكانوا يشركون الاخوة للاب والأم فى الثلث مع الاخوة للام يقتسمونه بينهم للذكر مثل حظ الانثيين وبالتشريك قال من فقهاء الامصار مالك والشافعى والثورى وكان على رضى الله عنه وأبى ابن كعب وأبو موسى الأشعرى لايشركون أخوة الأب والأم فى الثلث مع أخوة الأم فى هذه الفريضة ولا يوجبون لهم شيأ فيها وقال به من فقهاء الأمصار أبو حنيفة وابن أبى ليلى وأحمد وأبو ثور وداود وجماعة وحجة الفريق الأول ان الاخوة للاب والأم يشاركون الاخوة للام فى السبب الذى به يستوجبون الارث وهى الأم فوجب أن لاينفردوا به دونهم لأنه اذا اشتركوا فى السبب الذى به يرثون وجب ان يشتركوا فى الميراث وحجة الفريق الثانى ان الاخوة الشقائق عصبة فلاشئ لهم اذا أحاطت فرائض ذوى السهام بالميراث وعمدتهم اتفاق الجميع على ان من ترك زوجا وأما وأخا واحدا لأم وأخوة شقائق عشرة أو أكثر ان الأخ للام يستحق ههنا السدس كاملا والسدس الباقى بين الباقين مع انهم مشاركون له فى الأم فسبب الاختلاف فى أكثر مسائل الفرائض هو تعارض المقاييس واشتراك الألفاظ فيما فيه نص

﴿ ميراث الجد ﴾

وأجمع العلماء على ان الأب يحجب الجد وأنه يقوم مقام الأب عند عدم الأب مع البنين وانه عاصب مع ذوى الفرائض واختلفوا هل يقوم مقام الأب فى حجب الاخوة الشقائق أو حجب الاخوة للاب فذهب ابن عباس وأبو بكر رضى الله عنهما وجماعة الى أنه يحجبهم وبه قال أبو حنيفة وأبو ثور والمزنى وابن سريج من أصحاب الشافعى وداود وجماعة واتفق على بن أبى طالب رضى الله عنه وزيد بن ثابت وابن مسعود على توريث الاخوة مع الجد الا أنهم اختلفوا فى كيفية ذلك على ما أقوله بعد وعمدة من جعل الجد بمنزلة الأب اتفاقهما فى المعنى أعنى من قبل ان كليهما أب للميت ومن اتفاقهما فى كثير من الأحكام التى أجمعوا على اتفاقهما فيها حتى انه قد روى عن ابن عباس رضى الله عنه أنه قال أما يتقى الله زيد بن ثابت يجعل ابن الابن ابنا ولا يجعل أب الأب أبا وقد أجمعوا على انه مثله فى أحكام أخر سوى الفروض منها ان شهادته لحفيده كشهادة الأب وان الجد يعتق على حفيده كما يعتق الأب على الابن وانه لايقتص له من جده كما لايقتص له من أب وعمدة من ورث الأخ مع الجد ان الأخ أقرب الى الميت من الجد لأن الجد أبو أبى الميت والأخ ابن أبى الميت والابن أقرب من الأب وأيضا فما أجمعوا عليه من ان ابن الأخ يقدم على العم وهو يدلى بالأب والعم يدلى بالجد فسبب الخلاف تعارض القياس فى هذا الباب فان قيل فأى القياسين أرجح بحسب النظر الشرعى قلنا قياس من ساوى بين الأب والجد فان الجد أب فى المرتبة الثانية أو الثالثة كما ان ابن الابن ابن فى المرتبة الثانية أو الثالثة واذا لم يحجب الابن الجد وهو يحجب الاخوة فالجد يجب ان يحجب من يحجب الابن والأخ ليس بأصل للميت ولا فرع وانما هو مشارك له فى الأصل والأصل أحق بالشئ من المشارك له فى الأصل والجد ليس هو أصلا للميت من قبل الأب بل هو أصل أصله والأخ يرث من قبل انه فرع لأصل الميت فالذى هو أصل لأصله أولى من الذى هو فرع لأصله ولذلك لامعنى لقول من قال ان الأخ يدلى بالبنوة والجد يدلى بالابوة فان الأخ ليس ابنا للميت وانما هو ابن أبيه والجد أبو الميت والبنوة انما هى أقوى فى الميراث من الابوة فى الشخص الواحد بعينه أعنى الموروث وأما البنوة التى

تكون لأب الموروث فليس يلزم أن تكون فى حق الموروث أقوى من الابوة التى تكون لأب الموروث لأن الابوة التى لأب الموروث هى أبوة ما للموروث أعنى بعيدة وليس البنوة التى لأب الموروث بنوة ما للموروث لا قريبة ولا بعيدة فمن قال الأخ أحق من الجد لأن الأخ يدلى بالشئ الذى من قبله كان الميراث بالبنوة وهو الأب والجد يدلى بالابوة هو قول غالط مخيل لأن الجد أب ما وليس الأخ ابنا ما و بالجملة الأخ لاحق من لواحق الميت وكأنه أمر عارض والجد سبب من أسبابه والسبب أملك للشئ من لاحقه واختلف الذين ورثوا الجد مع الاخوة فى كيفية ذلك فتحصيل مذهب زيد فى ذلك انه لا يخلو أن يكون معه سوى الاخوة ذو فرض مسمى أو لا يكون فان لم يكن معه ذو فرض مسمى أعطى الافضل له من اثنين اما ثلث المال واما أن يكون كواحد من الاخوة الذكور وسواء كان الاخوة ذكرانا أو اناثا أو الأمرين جميعا فهو مع الأخ الواحد يقاسمه المال وكذلك مع الاثنين ومع الثلاثة والاربعة يأخذ الثلث وهو مع الاخت الواحدة الى الاربع يقاسمهن للذكر مثل حظ الانثيين ومع الخمس أخوات له الثلث لأنه أفضل له من المقاسمة فهذه هى حاله مع الاخوة فقط دون غيرهم وأما ان كان معهم ذو فرض مسمى فانه يبدأ بأهل الفروض فيأخذون فروضهم فما بقى أعطى الافضل له من ثلاث اما ثلث ما بقى بعد حظوظ ذوى الفرائض واما أن يكون بمنزلة ذكر من الاخوة واما أن يعطى السدس من رأس المال لا ينقص منه ثم ما بقى يكون للاخوة للذكر مثل حظ الانثيين الا فى الأكدرية على ما سنذكر مذهبه فيها مع سائر مذاهب العلماء وأما على رضى الله عنه فكان يعطى الجد الاحظى له من السدس أو المقاسمة وسواء كان مع الجد والاخوة غيرهم من ذوى الفرائض أو لم يكن وانما لم ينقصه من السدس شيأ لأنهم لما أجمعوا ان الابناء لا ينقصونه منه شيأ كان أحرى أن لا ينقصه الاخوة وعمدة قول زيد انه لما كان يحجب الاخوة للام فلم يحجب عما يجب لهم وهو الثلث و بقول زيد قال مالك والشافعى والثورى وجماعة و بقول على رضى الله عنه قال أبو حنيفة وأما الفريضة التى تعرف بالأكدرية وهى امرأة توفيت وتركت زوجا وأما وأختا شقيقة وجدا فان العلماء اختلفوا فيها فكان عمر رضى الله عنه وابن مسعود يعطيان للزوج النصف وللام السدس وللاخت النصف وللجد السدس وذلك على جهة العول وكان على ابن أبى طالب رضى الله عنه وزيد يقولان للزوج النصف وللام الثلث وللاخت النصف وللجد السدس فريضة الا ان زيدا يجمع سهم الاخت والجد فيقسم ذلك بينهم للذكر مثل حظ الانثيين وزعم بعضهم أن هذا ليس من قول زيد وضعف الجميع التشريك الذى قال به زيد فى هذه الفريضة و بقول زيد قال مالك وقيل انما سميت الأكدرية لتكدر قول زيد فيها وهذا كله على مذهب من يرى العول و بالعول قال جمهور الصحابة وفقهاء الأمصار الا ابن عباس فانه روى عنه أنه قال أعال الفرائض عمر ابن الخطاب وايم الله لو قدم من قدم الله وأخر من أخر الله ما عالت فريضة قيل له وأيها قدم الله وأيها أخر الله قال كل فريضة لم يهبطها الله عز وجل عن موجبها الا الى فريضة أخرى فهى ما قدم الله وكل فريضة اذا زالت عن فرضها لم يكن لها الا ما بقى فتلك التى أخر الله فالأول مثل الزوجة والأم والمتأخر مثل الاخوات والبنات قال فاذا اجتمع الصنفان بدئ من قدم الله فان بقى شئ فلمن أخر الله والا فلا شئ له قيل له فهلا قلت هذا القول لعمر قال هبته وذهب زيد الى أنه اذا كان مع الجد والاخوة الشقائق اخوة

لأب ان الاخوة الشقائق يعادون الجد بالاخوة للاب فيمنعونه بهم كثرة الميراث ولا يرثون مع الاخوة الشقائق شيأ الا أن يكون الشقائق أختا واحدة فانها تعاد الجد بأخوتها للاب ما بينهما(٧) و بين ان تستكمل فريضتها وهي النصف وان كان فيما يحازها ولاخوتها الأبيها فضل عن نصف رأس المال كله فهو لاخوتها لأبيها للذكر مثل حظ الانثيين فان لم يفضل شئ على النصف فلا ميراث لهم فاما على رضى الله عنه فكان لا يلتفت هنا للاخوة للاب للاجماع على ان الاخوة الشقائق يحجبونهم ولأن هذا الفعل أيضا مخالف الاصول أعنى ان يحتسب بمن لا يرث واختلف الصحابة رضى الله عنهم من هذا الباب فى الفريضة التى تدعى الخرقاء وهى أم وأخت وجد على خمسة أقوال فذهب أبو بكر رضى الله عنه وابن عباس الى ان للام الثلث والباقى للجد وحجبوا به الاخت وهذا على رأيهم فى اقامة الجد مقام الأب وذهب على رضى الله عنه الى أن للام الثلث وللاخت النصف وما بقى للجد وذهب عثمان الى ان للام الثلث وللاخت الثلث وللجد الثلث وذهب ابن مسعود الى ان للاخت النصف وللجد الثلث وللام السدس وكان يقول معاذالله ان أفضل أما على جد وذهب زيد الى ان للام الثلث وما بقى بين الجد والاخت للذكر مثل حظ الانثيين

﴿ ميراث الجدات ﴾

وأجمعوا على ان للجدة أم الام السدس مع عدم الام وأن للجدة أيضا أم الاب عند فقد الاب السدس فان اجتمعا كان السدس بينهما واختلفوا فيما سوى ذلك فذهب زيد وأهل المدينة الى أن الجدة أم الام يفرض لها السدس فريضة فاذا اجتمعت الجدتان كان السدس بينهما اذا كان قعددهما سواء أو كانت أم الأب أقعد فان كانت أم الأم أقعد أى أقرب الى الميت كان لها السدس ولم يكن للجدة أم الأب شئ وقد روى عنه أيهما أقعد كان لها السدس وبه قال على رضى الله عنه ومن فقهاء الامصار أبو حنيفة والثورى وأبو ثور وهؤلاء ليس يورثون الا هاتين الجدتين المجمع على توريثهما وكان الأوزاعى وأحمد يورثان ثلاث جدات واحدة من قبل الأم واثنتان من قبل الأب أم الأب وأم أبى الأب أعنى الجد وكان ابن مسعود يورث أربع جدات أم الأم وأم الأب وأم أبى الأب أعنى الجد وأم أبى الام أعنى الجد وبه قال الحسن وابن سيرين وكان ابن مسعود يشرك بين الجدات فى السدس دنياهن وقصواهن مالم تكن تحجبها بنتها أو بنت بنتها وقد روى عنه أنه كان يسقط القصوى بالدنيا اذا كانتا من جهة واحدة وروى عن ابن عباس ان الجدة كالأم اذا لم تكن أم وهو شاذ عند الجمهور ولكن له حظ من القياس فعمدة زيد وأهل المدينة والشافعى ومن قال بمذهب زيد ما رواه مالك أنه قال جاءت الجدة الى أبى بكر رضى الله عنه تسأله عن ميراثها فقال أبو بكر مالك فى كتاب الله عز وجل شئ وما علمت لك فى سنة رسول الله صلى الله عليه وسلم شيأ فارجعى حتى أسأل الناس فقال له المغيرة بن شعبة حضرت رسول الله صلى الله عليه وسلم أعطاها السدس فقال أبو بكر هل معك غيرك فقال محمد بن مسلمة فقال مثل ما قال المغيرة فأنفذه أبو بكر لها ثم جاءت الجدة الأخرى الى عمر بن الخطاب تسأله ميراثها فقال لها مالك فى كتاب الله عز وجل شئ وما كان القضاء الذى قضى به الا لغيرك وما أنا بزائد فى الفرائض ولكنه ذلك السدس فان اجتمعتما فيه فهو لكما وأيتكما انفردت به فهو لها وروى مالك أيضا انه أتت الجدتان الى أبى بكر فاراد أن يجعل السدس للتى من قبل الأم فقال له رجل أما انك تترك التى لو ماتت وهو حى كان اياها يرث فجعل أبو بكر

(٧) هكذا هذه العبارة بالاصول ولينظر ما معناها اه مصححه

السدس بينهما قالوا فواجب أن لا يتعدى فى هذا هذه السنة واجماع الصحابة وأما عمدة من ورث الثلاث جدات فحديث ابن عيينة عن منصور عن ابراهيم أن النبى صلى الله عليه وسلم ورث ثلاث جدات اثنتين من قبل الأب وواحدة من قبل الأم وأما ابن مسعود فعمدته القياس فى تشبيهها بالجدة للاب لكن الحديث يعارضه واختلفوا هل يحجب الجدة للاب ابنها وهو الأب فذهب زيد الى أنه يحجب وبه قال مالك والشافعى وأبو حنيفة وداود وقال آخرون ترث الجدة مع ابنها وهو مروى عن عمر وابن مسعود وجماعة من الصحابة وبه قال شريح وعطاء وابن سيرين وأحمد وهو قول الفقهاء المصريين وعمدة من حجب الجدة بابنها ان الجد لما كان محجوبا بالأب وجب أن تكون الجدة أولى بذلك وأيضا فلما كانت أم الأم لا ترث باجماع مع الأم شيأ كان كذلك أم الأب مع الأب وعمدة الفريق الثانى ماروى الشعبى عن مسروق عن عبد الله قال أول جدة أعطاها رسول الله صلى الله عليه وسلم سدسا جدة مع ابنها وابنها حى قالوا ومن طريق النظر لما كانت الأم وأم الام لا يحجبن بالذكور كان كذلك حكم جميع الجدات وينبغى أن يعلم أن مالكا لا يخالف زيدا الا فى فريضة واحدة وهى امرأة هلكت وتركت زوجا وأما واخوة لام واخوة لاب وأم وجدا فقال مالك للزوج النصف وللام السدس وللجدة مابقى وهو الثلث وليس للاخوة الشقائق شئ وقال زيد للزوج النصف وللام السدس وللجد السدس ومابقى للاخوة الشقائق فخالف مالك فى هذه المسئلة أصله من ان الجد لا يحجب الاخوة الشقائق ولا الاخوات للاب وحجته أنه لما حجب الاخوة للام عن الثلث الذى كانوا يستحقونه دون الشقائق كان هو أولى به وأما زيد فعلى أصله فى أنه لا يحجبهم

﴿ باب فى الحجب ﴾

وأجمع العلماء على أن الأخ الشقيق يحجب الأخ للاب وأن الأخ للاب يحجب بنى الأخ الشقيق وان بنى الأخ الشقيق يحجبون أبناء الأخ للاب وبنو الأخ للاب أولى من بنى ابن الأخ للاب والأم وبنو الأخ للاب أولى من العم أخى الأب وابن العم أخى الأب الشقيق أولى من ابن العم أخى الأب للاب وكل واحد من هؤلاء يحجبون بنيهم ومن حجب منهم صنفا فهو يحجب من يحجبه ذلك الصنف وبالجملة أما الاخوة فالاقرب منهم يحجب الابعد فاذا استووا حجب منهم من أدلى بسببين أم وأب من أدلى بسبب واحد وهو الاب فقط وكذلك الاعمام الاقرب منهم يحجب الابعد فان استووا حجب من يدلى منهم الى الميت بسببين من يدلى بسبب واحد أعنى أنه يحجب العم أخو الاب لاب وأم العم الذى هو أخو الاب لاب فقط وأجمعوا على أن الاخوة الشقائق والاخوة للاب يحجبون الاعمام لان الاخوة بنو أب المتوفى والاعمام بنو جده والابناء يحجبون بنيهم والآباء أجدادهم والبنون وبنوهم يحجبون الاخوة والجد يحجب من فوقه من الاجداد باجماع والاب يحجب الاخوة ويحجب من تحجبه الاخوة والجد يحجب الاعمام باجماع والاخوة للام ويحجب بنى الاخوة الشقائق وبنى الاخوة للاب والبنات وبنات البنين يحجبن الاخوة للام واختلف العلماء فيمن ترك ابنى عم أحدهما أخ للام فقال مالك والشافعى وأبو حنيفة والثورى للاخ للام السدس من جهة ماهو أخ لام وهو فى باقى المال مع ابن العم الآخر عصبة يقتسمونه بينهم على السواء وهو قول علىّ رضى الله عنه وزيد وابن عباس وقال قوم المال كله لابن العم الذى هو أخ لام يأخذ سدسه بالاخوة وبقيته بالتعصيب لانه قد أدلى بسببين وممن قال بهذا القول من الصحابة ابن مسعود

ومن الفقهاء داود وأبو ثور والطبرى وهو قول الحسن وعطاء واختلف العلماء فى رد ما بقى من مال الورثة على ذوى الفرائض اذا بقيت من المال فضلة لم تستوفها الفرائض ولم يكن هناك من يعصب فكان زيد لا يقول بالرد ويجعل الفاضل فى بيت المال وبه قال مالك والشافعى وقال جل الصحابة بالرد على ذوى الفروض ماعدا الزوج والزوجة وان كانوا اختلفوا فى كيفية ذلك وبه قال فقهاء العراق من الكوفيين والبصريين وأجمع هؤلاء الفقهاء على أن الرد يكون لهم بقدر سهامهم فمن كان له نصف أخذ النصف مما بقى وهكذا فى جزء جزء وعمدتهم أن قرابة الدين والنسب أولى من قرابة الدين فقط أى ان هؤلاء اجتمع لهم سببان وللمسلمين سبب واحد وهنا مسائل مشهورة الخلاف بين أهل العلم فيما تعلق بأسباب المواريث يجب أن نذكرها هنا فمنها انه أجمع المسلمون على أن الكافر لا يرث المسلم لقوله تعالى (ولن يجعل الله للكافرين على المؤمنين سبيلا) ولما ثبت من قوله عليه الصلاة والسلام لا يرث المسلم الكافر ولا الكافر المسلم واختلفوا فى ميراث المسلم الكافر وفى ميراث المسلم المرتد فذهب جمهور العلماء من الصحابة والتابعين وفقهاء الامصار الى أنه لا يرث المسلم الكافر بهذا الاثر الثابت وذهب معاذ بن جبل ومعاوية من الصحابة وسعيد بن المسيب ومسروق من التابعين وجماعة الى أن المسلم يرث الكافر وشبهوا ذلك بنسائهم فقالوا كما يجوز لنا أن ننكح نساءهم ولا يجوز لنا أن ننكحهم نساءنا كذلك الارث ورووا فى ذلك حديثا مسندا قال أبو عمر وليس بالقوى عند الجمهور وشبهوه أيضا بالقصاص فى الدماء التى لا تتكافأ . وأما مال المرتد اذا قتل أومات فقال جمهور فقهاء الحجاز هو لجماعة المسلمين ولا يرثه قرابته وبه قال مالك والشافعى وهو قول زيد من الصحابة وقال أبو حنيفة والثورى وجمهور الكوفيين وكثير من البصريين يرثه ورثته من المسلمين وهو قول ابن مسعود من الصحابة وعلى رضى الله عنهما وعمدة الفريق الاول عموم الحديث وعمدة الحنفية تخصيص العموم بالقياس وقياسهم فى ذلك هو أن قرابته أولى من المسلمين لانهم يدلون بسببين بالاسلام والقرابة والمسلمون بسبب واحد وهو الاسلام وربما أكدوا بما يبقى لماله من حكم الاسلام بدليل أنه لا يؤخذ فى الحال حتى يموت فكانت حياته معتبرة فى بقاء ماله على ملكه وذلك لا يكون الا بان يكون لماله حرمة اسلامية ولذلك لم يجز أن يقر على الارتداد بخلاف الكافر وقال الشافعى وغيره يؤخذ بقضاء الصلاة اذا تاب من الردة فى أيام الردة والطائفة الاخرى تقول يوقف ماله لان له حرمة اسلامية وانما وقف رجاء أن يعود الى الاسلام وان استيجاب المسلمين لماله ليس على طريق الارث وشذت طائفة فقالت ماله للمسلمين عندما يرتد وأظن ان أشهب ممن يقول بذلك وأجمعوا على توريث أهل الملة الواحدة بعضهم بعضا واختلفوا فى توريث الملل المختلفة فذهب مالك وجماعة الى أن أهل الملل المختلفة لا يتوارثون كاليهود والنصارى وبه قال أحمد وجماعة وقال الشافعى وأبو حنيفة وأبو ثور والثورى وداود وغيرهم الكفار كلهم يتوارثون وكان شريح وابن أبى ليلى وجماعة يجعلون الملل التى لا تتوارث ثلاثا النصارى واليهود والصابئين ملة والمجوس ومن لا كتاب له ملة والاسلام ملة وقد روى عن ابن أبى ليلى مثل قول مالك وعمدة مالك ومن قال بقوله ما روى الثقات عن عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده أن النبى صلى الله عليه وسلم قال لا يتوارث أهل ملتين وعمدة الشافعية والحنفية قوله عليه الصلاة والسلام لا يرث المسلم الكافر ولا الكافر المسلم وذلك أن المفهوم من هذا بدليل الخطاب ان المسلم يرث

المسلم والكافر يرث الكافر والقول بدليل الخطاب فيه ضعف وخاصة هنا واختلفوا فى توريث الحلاء
والحلاء هم الذين يتحملون بأولادهم من بلاد الشرك الى بلاد الاسلام أعنى أنهم يولدون فى بلاد الشرك
ثم يخرجون الى بلاد الاسلام وهم يدعون تلك الولادة الموجبة للنسب وذلك على ثلاثة أقوال قول انهم
يتوارثون بما يدعون من النسب وهو قول جماعة من التابعين واليه ذهب اسحق وقول انهم
لا يتوارثون الا ببينة تشهد على أنسابهم وبه قال شريح والحسن وجماعة وقول انهم لا يتوارثون أصلا
وروى عن عمر الثلاثة الأقوال الا أن الأشهر عنه أنه كان لا يورث الا من ولد فى بلاد العرب وهو قول
عثمان وعمر بن عبد العزيز وأما مالك وأصحابه فاختلف فى ذلك قولهم فمنهم من رأى أن لا يورثون
الا ببينة وهو قول ابن القاسم ومنهم من رأى أن لا يورثون أصلا ولا بالبينة العادلة وممن قال بهذا القول
من أصحاب مالك عبد الملك بن الماجشون وروى ابن القاسم عن مالك فى أهل حصن نزلوا على حكم
الاسلام فشهد بعضهم لبعض انهم يتوارثون وهذا يتخرج منه انهم يتوارثون بلا بينة لأن مالكا لا يجوز
شهادة الكفار بعضهم على بعض قال فاما ان سبوا فلا يقبل قولهم فى ذلك وبنحو هذا التفصيل
قال الكوفيون والشافعى وأحمد وأبو ثور وذلك انهم قالوا ان خرجوا الى بلاد الاسلام وليس لأحد عليهم
يد قبلت دعواهم فى أنسابهم وأما ان أدركهم السبى والرق فلا يقبل قولهم الا ببينة ففى المسئلة أربعة
أقوال اثنان طرفان واثنان مفرقان وجمهور العلماء من فقهاء الأمصار ومن الصحابة على وزيد وعمر أن
من لا يرث لا يحجب مثل الكافر والمملوك والقاتل عمدا وكان ابن مسعود يحجب بهؤلاء الثلاثة دون أن
يورثهم أعنى بأهل الكتاب وبالعبيد وبالقاتلين عمدا وبه قال داود وأبو ثور وعمدة الجمهور أن الحجب فى معنى
الارث وأنهما متلازمان وحجة الطائفة الثانية أن الحجب لا يرتفع الا بالموت واختلف العلماء فى الذين يفقدون
فى حرب أو غرق أو هدم ولا يدرى من مات منهم قبل صاحبه كيف يتوارثون اذا كانوا أهل ميراث فذهب
مالك وأهل المدينة الى أنهم لا يورث بعضهم من بعضهم وأن ميراثهم جميعا لمن بقى من قرابتهم الوارثين
أو لبيت المال ان لم تكن لهم قرابة ترث وبه قال الشافعى وأبو حنيفة وأصحابه فيما حكى عنه الطحاوى وذهب
على وعمر رضى الله عنهما وأهل الكوفة وأبو حنيفة فيما ذكر غير الطحاوى عنه وجمهور البصريين الى
أنهم يتوارثون وصفة توريثهم عندهم أنهم يورثون كل واحد من صاحبه فى أصل ماله دون ما ورث بعضهم
من بعض أعنى أنه لا يضم الى مال الموروث ما ورث من غيره فيتوارثون الكل على أنه مال واحد كالحال
فى الذين يعلم تقدم موت بعضهم على بعض مثال ذلك زوج وزوجة توفيا فى حرب أو غرق أو هدم ولكل
واحد منهما ألف درهم فيورث الزوج من المرأة خمسمائة درهم وتورث المرأة من الألف التى كانت بيد الزوج
دون الخمسمائة التى ورث منها ربعها وذلك مائتان وخمسون ومن مسائل هذا الباب اختلاف العلماء
فى ميراث ولد الملاعنة وولد الزنا فذهب أهل المدينة وزيد بن ثابت الى أن ولد الملاعنة يورث كما يورث غير
ولد الملاعنة وأنه ليس لأمه الا الثلث والباقى لبيت المال الا أن يكون له اخوة لأم فيكون لهم الثلث
أو تكون أمه مولاة فيكون باقى المال لمواليها والا فالباقى لبيت مال المسلمين وبه قال مالك والشافعى
وأبو حنيفة وأصحابه الا أن أبا حنيفة على مذهبه يجعل ذوى الارحام أولى من جماعة المسلمين وأيضا على
قياس من يقول بالرد يرد على الام بقية المال وذهب على وعمر وابن مسعود الى أن عصبته عصبة أمه أعنى

الذين يرثونها وروى عن على وابن مسعود انهم كانوا لايجعلون عصبته عصبة أمه الامع فقد الام وكانوا ينزلون الام بمنزلة الاب وبه قال الحسن وابن سيرين والثورى وابن حنبل وجماعة وعمدة الفريق الاول عموم قوله تعالى (فان لم يكن له ولد وورثه أبواه فلامه الثلث) فقالوا هذه أم وكل أم لها الثلث فهذه لها الثلث وعمدة الفريق الثانى ماروى من حديث ابن عمر عن النبى صلى الله عليه وسلم أنه ألحق ولد الملاعنة بامه وحديث عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده قال جعل النبى صلى الله عليه وسلم ميراث ابن الملاعنة لامه ولورثته وحديث واثلة بن الاسقع عن النبى صلى الله عليه وسلم قال المرأة تحوز ثلاثة أموال عتيقها ولقيطها وولدها الذى لاعنت عليه وحديث مكحول عن النبى صلى الله عليه وسلم بمثل ذلك خرج جميع ذلك أبو داود وغيره قال القاضى هذه الآثار المصير اليها واجب لانها قد خصصت عموم الكتاب والجمهور على أن السنة يخصص بها الكتاب ولعل الفريق الاول لم تبلغهم هذه الاحاديث أولم تصح عندهم وهذا القول مروى عن ابن عباس وعثمان وهو مشهور فى الصدر الاول واشتهاره فى الصحابة دليل على صحة هذه الآثار فان هذا ليس يستنبط بالقياس والله أعلم * ومن مسائل ثبوت النسب الموجب للميراث اختلافهم فيمن ترك ابنين وأقر أحدهم بأخ ثالث وأنكر الثانى فقال مالك وأبو حنيفة يجب عليه أن يعطيه حقه من الميراث يعنون المقر ولا يثبت بقوله نسبه وقال الشافعى لايثبت النسب ولا يجب على المقر أن يعطيه من الميراث شيأ واختلف مالك وأبو حنيفة فى القدر الذى يجب على الاخ المقر فقال مالك يجب عليه ما كان يجب عليه لو أقر الاخ الثانى وثبت النسب وقال أبو حنيفة يجب عليه أن يعطيه نصف ما بيده وكذلك الحكم عند مالك وأبى حنيفة فيمن ترك ابنا واحدا فاقر بأخ له آخر أعنى أنه لايثبت النسب ويجب الميراث وأما الشافعى فعنه فى هذه المسئلة قولان أحدهما انه لايثبت النسب ولا يجب الميراث والثانى يثبت النسب ويجب الميراث وهو الذى عليه تناظر الشافعية فى المسائل الطبلولية ويجعلها مسئلة عامة وهو أن كل من يحوز المال يثبت النسب باقراره وان كان واحدا أخا أو غير ذلك وعمدة الشافعية فى المسئلة الاولى وفى أحد قوليه فى هذه المسئلة أعنى القول الغير المشهور ان النسب لايثبت الا بشاهدى عدل وحيث لايثبت فلا ميراث لان النسب أصل والميراث فرع واذا لم يوجد الاصل لم يوجد الفرع وعمدة مالك وأبى حنيفة ان ثبوت النسب هو حق متعد الى الاخ المنكر فلا يثبت عليه الا بشاهدين عدلين وأما حظه من الميراث الذى بيد المقر فاقراره فيه عامل لانه حق أقر به على نفسه والحق ان القضاء عليه لا يصح من الحاكم الا بعد ثبوت النسب وأنه لا يجوز له بين الله تعالى و بين نفسه أن يمنع من يعرف انه شريكه فى الميراث حظه منه وأما عمدة الشافعية فى اثباتهم النسب باقرار الواحد الذى يحوز الميراث فالسماع والقياس أما السماع فحديث مالك عن ابن شهاب عن عروة عن عائشة المتفق على صحته قالت كان عتبة ابن أبى وقاص عهد الى أخيه سعد بن أبى وقاص أن ابن وليدة زمعة منى فاقبضه اليك فلما كان عام الفتح أخذه سعد بن أبى وقاص وقال ابن أخى قد كان عهد الى فيه فقام اليه عبد بن زمعة فقال أخى وابن وليدة أبى ولد على فراشه فتساوقاه الى رسول الله صلى الله عليه وسلم فقال سعد يارسول الله ابن أخى قد كان عهد الى فيه فقام اليه عبد بن زمعة فقال أخى وابن وليدة أبى ولد على فراشه فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم هو لك ياعبد بن زمعة ثم قال رسول الله صلى الله عليه وسلم الولد للفراش وللعاهر الحجر ثم قال لسودة بنت

زمعة احتجبى منه لما رأى من شبهه بعتبة بن أبى وقاص قالت فما رآها حتى لقى الله عز وجل فقضى رسول الله صلى الله عليه وسلم لعبد بن زمعة بأخيه وأثبت نسبه باقراره اذ لم يكن هنالك وارث منازع له وأما أكثر الفقهاء فقد أشكل عليهم معنى هذا الحديث لخروجه عندهم عن الاصل المجمع عليه فى اثبات النسب ولهم فى ذلك تأويلات وذلك أن ظاهر هذا الحديث انه أثبت نسبه باقرار أخيه به والاصل أن لا يثبت نسب الا بشاهدى عدل ولذلك تأوّل الناس فى ذلك تأويلات فقالت طائفة انه انما أثبت نسبه عليه الصلاة والسلام بقول أخيه لانه يمكن أن يكون قد علم ان تلك الامة كان يطؤها زمعة بن قيس وانها كانت فراشا له قالوا ومما يؤكد ذلك أنه كان صهره وسودة بنت زمعة كانت زوجته عليه الصلاة والسلام فيمكن أن لا يخفى عليه أمرها وهذا على القول بان للقاضى أن يقضى بعلمه ولا يليق هذا التأويل بمذهب مالك لانه لا يقضى القاضى عنده بعلمه ويليق بمذهب الشافعى على قوله الآخر أعنى الذى لا يثبت فيه النسب والذين قالوا بهذا التأويل قالوا انما أمر سودة بالحجبة احتياطا لشبهة الشبه لا أن ذلك كان واجبا وقال لمكان هذا بعض الشافعية ان للزوج أن يحجب الاخت عن أخيها وقالت طائفة أمره بالاحتجاب لسودة دليل على أنه لم يلحق نسبه بقول عتبة ولا بعلمه بالفراش وافترق هؤلاء فى تأويل قوله عليه الصلاة والسلام هو لك فقالت طائفة انما أراد هو عبدك اذ كان ابن أمة أبيك وهذا غير ظاهر لتعليل رسول الله صلى الله عليه وسلم حكمه فى ذلك بقوله الولد للفراش وللعاهر الحجر وقال الطحاوى انما أراد بقوله عليه الصلاة والسلام هو لك يا عبد بن زمعة أى يدك عليه بمنزلة ما هو يد اللاقط على اللقطة وهذه التأويلات تضعف لتعليله عليه الصلاة والسلام حكمه بأن قال الولد للفراش وللعاهر الحجر وأما المعنى الذى يعتمده الشافعية فى هذا المذهب فهو أن اقرار من يحوز الميراث هو اقرار خلافة أى اقرار من حاز خلافة الميت وعند الغير انه اقرار شهادة لا اقرار خلافة يريد أن الاقرار الذى كان للميت انتقل الى هذا الذى حاز ميراثه واتفق الجمهور على أن أولاد الزنا لا يلحقون بآبائهم الا فى الجاهلية على ما روى عن عمر بن الخطاب على اختلاف فى ذلك بين الصحابة وشذ قوم فقالوا يلتحق ولد الزنا فى الاسلام أعنى الذى كان عن زنا فى الاسلام واتفقوا على أن الولد لا يلحق بالفراش فى أقل من ستة أشهر اما من وقت العقد واما من وقت الدخول وانه يلحق من وقت الدخول الى أقصر زمان الحمل وان كان قد فارقها واعتزلها واختلفوا فى أطول زمان الحمل الذى يلحق به بالوالد الولد فقال مالك خمس سنين وقال بعض أصحابه سبع وقال الشافعى أربع سنين وقال الكوفيون سنتان وقال محمد بن الحكم سنة وقال داود ستة أشهر وهذه المسئلة مرجوع فيها الى العادة والتجربة وقول ابن عبد الحكم والظاهرية هو أقرب الى المعتاد والحكم انما يجب أن يكون بالمعتاد لا بالنادر ولعله أن يكون مستحيلا وذهب مالك والشافعى الى أن من تزوج امرأة ولم يدخل بها أو دخل بها بعد الوقت وأتت بولد لستة أشهر من وقت العقد لا من وقت الدخول انه لا يلحق به الا اذا أتت به لستة أشهر فأكثر من ذلك من وقت الدخول وقال أبو حنيفة هى فراش له ويلحقه الولد وعمدة مالك انها ليست بفراش الا بامكان الوطء وهو مع الدخول وعمدة أبى حنيفة عموم قوله عليه السلام الولد للفراش وكأنه يرى أن هذا تعبد بمنزلة تغليب الوطء الحلال على الوطء الحرام فى الحاق الولد بالوطء الحلال واختلفوا من هذا الباب فى اثبات النسب بالقافة وذلك عند ما يطأ رجلان

فى طهر واحد بملك يمين أو بنكاح ويتصوّر الحكم أيضا بالقافة فى اللقيط الذى يدعيه رجلان أو ثلاثة والقافة عند العرب هم قوم كانت عندهم معرفة بفصول تشابه أشخاص الناس فقال بالقافة من فقهاء الأمصار مالك والشافعى وأحمد وأبو ثور والاوزاعى وأبى الحكم بالقافة الكوفيون وأكثر أهل العراق والحكم عند هؤلاء انه اذا ادعى رجلان ولدا كان الولد بينهما وذلك اذا لم يكن لأحدهما فراش مثل أن يكون لقيطا أو كانت المرأة الواحدة لكل واحد منهما فراشا مثل الأمة أو الحرة يطؤها رجلان فى طهر واحد وعند الجمهور من القائلين بهذا القول انه يجوز أن يكون عندهم للابن الواحد أبوان فقط وقال محمد صاحب أبى حنيفة يجوز أن يكون ابنا لثلاثة ان ادعوه وهذا كله تخليط وابطال للمعقول والمنقول وعمدة استدلال من قال بالقافة مارواه مالك عن سليمان بن يسار أن عمر بن الخطاب كان يليط أولادا الجاهلية بمن استلاطهم أى بمن ادعاهم فى الاسلام فأتى رجلان كلاهما يدعى ولد امرأة فدعا قائفا فنظر اليه فقال القائف لقد اشتركا فيه فضربه عمر بالدرة ثم دعا المرأة فقال أخبرينى بخبرك فقالت كان هذا لأحد الرجلين يأتى فى ابل لأهلها فلا يفارقها حتى يظن ونظن أنه قد استمر بها حمل ثم انصرف عنها فاهريقت عليه دما ثم خلف هذا عليها تعنى الآخر فلا أدرى أيهما هو فكبر القائف فقال عمر للغلام وال أيهما شئت قالوا فقضاء عمر بمحضر من الصحابة بالقافة من غير انكار من واحد منهم هو كالاجماع وهذا الحكم عند مالك اذا قضى القافة بالاشتراك أن يؤخر الصبى حتى يبلغ ويقال له وال أيهما شئت ولا يلحق واحد باثنين وبه قال الشافعى وقال أبو ثور يكون ابنا لهما اذا زعم القائف انهما اشتركا فيه وعند مالك انه ليس يكون ابنا للاثنين لقوله تعالى (ياأيها الناس انا خلقناكم من ذكر وأنثى) واحتج القائلون بالقافة أيضا بحديث ابن شهاب عن عروة عن عائشة قالت دخل رسول الله صلى الله عليه وسلم مسرورا تبرق أسارير وجهه فقال ألم تسمعى ماقال مجزز المدلجى لزيد واسامة ورأى أقدامهما فقال ان هذه الأقدام بعضها من بعض قالوا وهذا مروى عن ابن عباس وعن أنس بن مالك ولا مخالف لهم من الصحابة وأما الكوفيون فقالوا الأصل أن لا يحكم لاحد المتنازعين فى الولد الا أن يكون هنالك فراش لقوله عليه السلام الولد للفراش فاذا عدم الفراش أو اشتركا فى الفراش كان ذلك بينهما وكأنهم رأوا ذلك بنوة شرعية لا طبيعية فانه ليس يلزم من قال انه لا يمكن أن يكون ابن واحد عن أبوين بالعقل أن لا يجوز وقوع ذلك فى الشرع وروى مثل قولهم عن عمر ورواه عبد الرزاق عن علىّ وقال الشافعى لا يقبل فى القافة الا رجلان وعن مالك فى ذلك روايتان احداهما مثل قول الشافعى والثانية انه يقبل قول قائف واحد والقافة فى المشهور عن مالك انما يقضى بها فى ملك اليمين فقط لا فى النكاح وروى ابن وهب عنه مثل قول الشافعى وقال أبو عمر بن عبد البر فى هذا حديث حسن مسند أخذ به جماعة من أهل الحديث وأهل الظاهر رواه الثورى عن صالح بن حى عن الشعبى عن زيد بن أرقم قال كان علىّ باليمن فأتى بامرأة وطئها ثلاثة أناس فى طهر واحد فسأل كل واحد منهم أن يقر لصاحبه بالولد فأبى فأقرع بينهم وقضى بالولد للذى أصابته القرعة وجعل عليه ثلثى الدية فرفع ذلك الى النبى صلى الله عليه وسلم فأعجبه وضحك حتى بدت نواجذه وفى هذا القول انفاذ الحكم بالقافة والحاق الولد بالقرعة واختلفوا فى ميراث القاتل على أربعة أقوال فقال قوم لا يرث القاتل أصلا من قتله وقال آخرون يرث القاتل وهم الأقل وفرق قوم بين

الخطأ والعمد فقالوا لايرث فى العمد شيأ ويرث فى الخطأ الامن الدية وهو قول مالك وأصحابه وفرق قوم بين أن يكون فى العمد قتل بأمر واجب أو بغير واجب مثل أن يكون من له اقامة الحدود وبالجملة بين أن يكون ممن يتهم أولا يتهم وسبب الخلاف معارضة أصل الشرع فى هذا المعنى للنظر المصلحى وذلك أن النظر المصلحى يقتضى أن لا يرث لئلا يتذرع الناس من المواريث الى القتل واتباع الظاهر والتعبد يوجب أن لا يلتفت الى ذلك فانه لو كان ذلك مما قصد لالتفت اليه الشارع وما كان ربك نسيا كما تقول الظاهرية واختلفوا فى الوارث الذى ليس بمسلم يسلم بعد موت موروثه المسلم وقبل قسم الميراث وكذلك ان كان موروثه على غير دين الاسلام فقال الجمهور انما يعتبر فى ذلك وقت الموت فان كان اليوم الذى مات فيه المسلم وارثه ليس بمسلم لم يرثه أصلا سواء أسلم قبل قسم الميراث أو بعده وكذلك ان كان موروثه على غير دين الاسلام وكان الوارث يوم مات غير مسلم ورثه ضرورة سواء كان اسلامه قبل القسم أو بعده وقالت طائفة منهم الحسن وقتادة وجماعة المعتبر فى ذلك يوم القسم وروى ذلك عن عمر بن الخطاب وعمدة كلا الفريقين قوله صلى الله عليه وسلم أيما دار أو أرض قسمت فى الجاهلية فهى على قسم الجاهلية وأيما دار أو أرض أدركها الاسلام ولم تقسم فهى على قسم الاسلام فمن اعتبر وقت القسمة حكم للمقسوم فى ذلك الوقت بحكم الاسلام ومن اعتبر وجوب القسمة حكم فى وقت الموت للمقسوم بحكم الاسلام وروى من حديث عطاء أن رجلا أسلم على ميراث على عهد رسول الله صلى الله عليه وسلم قبل أن يقسم فأعطاه رسول الله صلى الله عليه وسلم نصيبه وكذلك الحكم عندهم فيمن أعتق من الورثة بعد الموت وقبل القسم فهذه هى المسائل المشهورة التى تتعلق بهذا الكتاب قال القاضى ولما كان الميراث انما يكون بأحد ثلاثة أسباب اما بنسب أو صهر أو ولاء وكان قد قيل فى الذى يكون بالنسب والصهر فيجب أن نذكر ههنا الولاء ولمن يجب ومن يحجب فيه ممن لا يحجب وما أحكامه

﴿ باب فى الولاء ﴾

فأما من يجب له الولاء ففيه مسائل مشهورة تجرى مجرى الاصول لهذا الباب ﴿ المسئلة الاولى ﴾ أجمع العلماء على ان من أعتق عبده عن نفسه فان ولاءه له وأنه يرثه اذا لم يكن له وارث وأنه عصبة له اذا كان هنالك ورثة لا يحيطون بالمال فأما كون الولاء للمعتق عن نفسه فلما ثبت من قوله عليه السلام فى حديث بريرة انما الولاء لمن أعتق واختلفوا اذا أعتق عبده عن غيره فقال مالك الولاء للمعتق عنه لا الذى باشر العتق وقال أبو حنيفة والشافعى ان أعتقه عن علم المعتق عنه فالولاء للمعتق عنه وان أعتقه عن غير علمه فالولاء للمباشر للعتق وعمدة الحنفية والشافعية ظاهر قوله عليه الصلاة والسلام الولاء لمن أعتق وقوله عليه الصلاة والسلام الولاء لحمة كلحمة النسب قالوا فلما لم يجز أن يلتحق نسب بالحر بغير اذنه فكذلك الولاء ومن طريق المعنى فلان عتقه حرية وقعت فى ملك المعتق فوجب أن يكون الولاء له أصله اذا أعتقه من نفسه وعمدة مالك انه اذا أعتقه عنه فقد ملكه اياه فأشبه الوكيل ولذلك اتفقوا على أنه اذا أذن له المعتق عنه كان ولاؤه للمباشر (٧) وعند مالك أنه من قال لعبده أنت حر لوجه الله وللمسلمين أن الولاء يكون للمسلمين وعندهم يكون للمعتق ﴿ المسئلة الثانية ﴾ اختلف العلماء فيمن أسلم على يديه رجل هل يكون ولاؤه له فقال مالك والشافعى والثورى وداود وجماعة لا ولاء له وقال أبو حنيفة وأصحابه له

(٧) هكذا بالنسخ ولعل صوابه كان ولاؤه له لا للمباشر تأمل اهـ مصححه

ولاؤه اذاوالاه وذلك أن من مذهبهم ان للرجل أن يوالى رجلا آخر فيرثه ويعقل عنه وأن له أن ينصرف من ولائه الى ولاء غيره مالم يعقل عنه وقال غيره بنفس الاسلام على يديه يكون له ولاؤه فعمدة الطائفة الاولى قوله صلى الله عليه وسلم انما الولاء لمن أعتق وانما هذه هى التى يسمونها الحاصرة وكذلك الالف واللام هى عندهم للحصر ومعنى الحصر هو أن يكون الحكم خاصا بالمحكوم عليه لا يشاركه فيه غيره أعنى أن لا يكون ولاء بحسب مفهوم هذا القول الا للمعتق فقط المباشر وعمدة الحنفية فى اثبات الولاء بالموالاة قوله تعالى (ولكل جعلنا موالى مما ترك الوالدان والاقربون) وقوله تعالى (والذين عاقدت أيمانكم فآتوهم نصيبهم) وحجة من قال الولاء يكون بنفس الاسلام فقط حديث تميم الدارى قال سألت رسول الله صلى الله عليه وسلم عن المشرك يسلم على يدى مسلم فقال هو أحق الناس وأولاهم بحياته ومماته وقضى به عمر بن عبد العزيز وعمدة الفريق الاول أن قوله تعالى (والذين عاقدت أيمانكم) منسوخة بآية المواريث وان ذلك كان فى صدر الاسلام وأجمعوا على أنه لا يجوز بيع الولاء ولا هبته لثبوت نهيه عليه الصلاة والسلام عن ذلك الا الولاء السائبة ﴿ المسئلة الثالثة ﴾ اختلف العلماء اذا قال السيد لعبده أنت سائبة فقال مالك ولاؤه وعقله للمسلمين وجعله بمنزلة من أعتق عن المسلمين الا أن يريد به معنى العتق فقط فيكون ولاؤه له وقال الشافعى وأبو حنيفة ولاؤه للمعتق على كل حال وبه قال أحمد وداود وأبو ثور وقالت طائفة له أن يجعل ولاءه حيث شاء وان لم يوال أحدا كان ولاؤه للمسلمين وبه قال الليث والاوزاعى وكان ابراهيم والشعبى يقولان لا بأس ببيع ولاء السائبة وهبته وحجة هؤلاء هى الحجج المتقدمة فى المسئلة التى قبلها وأما من أجاز بيعه فلا أعرف له حجة فى هذا الوقت ﴿ المسئلة الرابعة ﴾ اختلف العلماء فى ولاء العبد المسلم اذا أعتقه النصرانى قبل أن يباع عليه لمن يكون فقال مالك وأصحابه ولاؤه للمسلمين فان أسلم مولاه بعد ذلك لم يعد اليه ولاؤه ولا ميراثه وقال الجمهور ولاؤه لسيده فان أسلم كان له ميراثه وعمدة الجمهور أن الولاء كالنسب وأنه اذا أسلم الاب بعد اسلام الابن انه يرثه فكذلك العبد وأما عمدة مالك فعموم قوله تعالى (ولن يجعل الله للكافرين على المؤمنين سبيلا) فهو يقول انه لما لم يجب له الولاء يوم العتق لم يجب له فيما بعد وأما اذا وجب له يوم العتق ثم طرأ عليه مانع من وجوبه فلم يختلفوا انه اذا ارتفع ذلك المانع أنه يعود الولاء له ولذلك اتفقوا أنه اذا أعتق النصرانى الذمى عبده النصرانى قبل أن يسلم أحدهما ثم أسلم العبد أن الولاء يرتفع فان أسلم المولى عاد اليه وان كانوا اختلفوا فى الحربى يعتق عبده وهو على دينه ثم يخرجان الينا مسلمين فقال مالك هو مولاه يرثه وقال أبو حنيفة لا ولاء بينهما وللعبد أن يوالى من شاء على مذهبه فى الولاء والتحالف وخالف أشهب مالكا فقال اذا أسلم العبد قبل المولى لم يعد الى المولى ولاؤه أبدا وقال ابن القاسم يعود وهو معنى قول مالك لان مالكا يعتبر وقت العتق وهذه المسائل كلها هى مفروضة فى القول لا تقع بعد فانه ليس من دين النصارى أن يسترق بعضهم بعضا ولا من دين اليهود فيما يعتقدونه فى هذا الوقت ويزعمون انه من ملتهم ﴿ المسئلة الخامسة ﴾ أجمع جمهور العلماء على أن النساء ليس لهن مدخل فى وراثة الولاء الا من باشرن عتقه بأنفسهن أو ماجر اليهن من باشرن عتقه اما بولاء أو بنسب مثل معتق معتقها أو ابن معتقها وانهن لا يرثن معتق من يرثنه الا ما حكى عن شريح وعمدته أنه لما كان لها ولاء ما أعتقت بنفسها كان لها ولاء ما أعتقه موروثها قياسا على الرجل وهذا هو

الذى يعرفونه بقياس المعنى وهو أرفع مراتب القياس وانما الذى يوهنه الشذوذ وعمدة الجمهور أن الولاء انما وجب للنعمة التى كانت للمعتق على المعتق وهذه النعمة انما توجد فيمن باشر العتق أو كان من سبب قوى من أسبابه وهم العصبة قال القاضى واذ قد تقرر من له ولاء ممن ليس له ولاء فبقى النظر فى ترتيب أهل الولاء فى الولاء فمن أشهر مسائلهم فى هذا الباب المسئلة التى يعرفونها بالولاء للكبر مثال ذلك رجل أعتق عبدا ثم مات ذلك الرجل وترك أخوين أو ابنين ثم مات أحد الاخوين وترك ابنا أو أحد الابنين فقال الجمهور فى هذه المسئلة ان حظ الاخ الميت من الولاء لا يرثه عنه ابنه وهو راجع الى أخيه لانه أحق به من ابنه بخلاف الميراث لان الحجب فى الميراث يعتبر بالقرب من الميت وهنا بالقرب من المباشر للعتق وهو مروى عن عمر بن الخطاب وعلىّ وعثمان وابن مسعود وزيد بن ثابت من الصحابة وقال شريح وطائفة من أهل البصرة حق الاخ الميت فى هذه المسئلة لبنيه وعمدة هؤلاء تشبيه الولاء بالميراث وعمدة الفريق الاوّل ان الولاء نسب مبدؤه من المباشر ومن مسائلهم المشهورة فى هذا الباب المسئلة التى تعرف بجر الولاء وصورتها أن يكون لعبد له بنون من أمة فاعتقت الامة ثم أعتق العبد بعد ذلك فان العلماء اختلفوا لمن يكون ولاء البنين اذا أعتق الاب وذلك أنهم اتفقوا على أن ولاءهم بعد عتق الام اذا لم يمس المولود الرق فى بطن أمه وذلك يكون اذا تزوّجها العبد بعد العتق وقبل عتق الاب هو لموالى الام واختلفوا اذا أعتق الاب هل يجر ولاء بنيه لمواليه أم لا يجر فذهب الجمهور ومالك وأبو حنيفة والشافعى وأصحابهم الى أنه يجر وبه قال علىّ رضى الله عنه وابن مسعود والزبير وعثمان بن عفان وقال عطاء وعكرمة وابن شهاب وجماعة لا يجر ولاءه وروى عن عمر وقضى به عبد الملك بن مروان لما حدثه به قبيصة بن ذؤيب عن عمر بن الخطاب وان كان قد روى عن عمر مثل قول الجمهور وعمدة الجمهور ان الولاء مشبه بالنسب والنسب للاب دون الام وعمدة الفريق الثانى أن البنين لما كانوا فى الحرية تابعين لامهم كانوا فى موجب الحرية تابعين لها وهو الولاء وذهب مالك الى أن الجد يجر ولاء حفدته اذا كان أبوهم عبدا الا أن يعتق الاب وبه قال الشافعى وخالفه فى ذلك الكوفيون واعتمدوا فى ذلك على أن ولاء الجد انما يثبت لمعتق الجد على البنين من جهة الاب واذا لم يكن للاب ولاء فأحرى أن لا يكون للجد وعمدة الفريق الثانى أن عبودية الأب هى كموته فوجب أن ينتقل الولاء الى أبى الأب ولا خلاف بين من يقول بأن الولاء للعصبة فيما أعلم أن الابناء أحق من الآباء وأنه لا ينتقل الى العمود الأعلى الا اذا فقد العمود الأسفل بخلاف الميراث لأن البنوة عندهم أقوى تعصيبا من الابوة والأب أضعف تعصيبا والاخوة وبنوهم أقعد عند مالك من الجد وعند الشافعى وأبى حنيفة الجد أقعد منهم وسبب الخلاف من أقرب نسبا وأقوى تعصيبا وليس يورث بالولاء جزء مفروض وانما يورث تعصيبا فاذا مات المولى الأسفل ولم يكن له ورثة أصلا أو كان له ورثة لا يحيطون بالميراث كان عاصبه المولى الاعلى وكذلك يعصب المولى الاعلى كل من للمولى الاعلى عليه ولادة نسب أعنى بناته وبنيه وبنى بنيه وفى هذا الباب مسئلة مشهورة وهى اذا ماتت امرأة ولها ولاء وولد وعصبة لمن ينتقل الولاء فقالت طائفة لعصبتها لأنهم الذين يعقلون عنها والولاء للعصبة وهو قول علىّ بن أبى طالب وقال قوم لابنها وهو قول عمر بن الخطاب وعليه فقهاء الامصار وهو مخالف لاهل هذا السلف لان ابن المرأة ليس من عصبتها تم كتاب الفرائض والولاء والحمد لله حق حمده

﴿ بسم الله الرحمن الرحيم وصلى الله على سيدنا محمد وآله وصحبه وسلم تسليما ﴾

﴿ كتاب العتق ﴾

والنظر فى هذا الكتاب فيمن يصح عتقه ومن لا يصح ومن يلزمه ومن لا يلزمه أعنى بالشرع وفى ألفاظ العتق وفى الايمان به وفى أحكامه وفى الشروط الواقعة فيه ونحن فانما نذكر من هذه الابواب مافيها من المسائل المشهورة التى يتعلق أكثرها بالمسموع فأما من يصح عتقه فانهم أجمعوا على أنه يصح عتق المالك التام الملك الصحيح الرشيد القوى الجسم الغنى غير العديم واختلفوا فى عتق من أحاط الدين بماله وفى عتق المريض وحكمه فأما من أحاط الدين بماله فان العلماء اختلفوا فى جواز عتقه فقال أكثر أهل المدينة مالك وغيره لا يجوز ذلك وبه قال الاوزاعى والليث وقال فقهاء العراق ذلك جائز حتى يحجر عليه الحاكم وذلك عند من يرى التحجير منهم وقد يتخرج عن مالك فى ذلك الجواز قياسا على ماروى عنه فى الرهن أنه يجوز وان أحاط الدين بمال الراهن مالم يحجر عليه الحاكم وعمدة من منع عتقه ان ماله فى تلك الحال مستحق للغرماء فليس له أن يخرج منه شيأ بغير عوض وهى العلة التى بها يحجر الحاكم عليه التصرف والاحكام يجب أن توجد مع وجود عللها وتحجير الحاكم ليس بعلة وانما هو حكم واجب من موجبات العلة فلا اعتبار بوقوعه وعمدة الفريق الثانى أنه قد انعقد الاجماع على أن له أن يطأ جاريته ويحبلها ولا يرد شيأ مما أنفقه من ماله على نفسه وعياله حتى يضرب الحاكم على يديه فوجب أن يكون حكم تصرفاته هذا الحكم وهذا هو قول الشافعى ولا خلاف عند الجميع أنه لا يجوز أن يعتق غير المحتلم مالم تكن وصية منه وكذلك المحجور ولا يجوز عند العلماء عتقه لشئ من مماليكه الا مالكا وأكثر أصحابه فانهم أجازوا عتقه لام ولده وأما المريض فالجمهور على ان عتقه ان صح وقع وان مات كان من الثلث وقال أهل الظاهر هو مثل عتق الصحيح وعمدة الجمهور حديث عمران بن الحصين أن رجلا أعتق ستة أعبد له الحديث على ماتقدم وأما من يدخل عليهم العتق كرها فهم ثلاثة من بعض العتق وهذا متفق عليه فى أحد قسميه واثنان مختلف فيهما وهما من ملك من يعتق عليه ومن مثل بعبده فاما من بعض العتق فانه ينقسم قسمين أحدهما من وقع تبعيض العتق منه وليس له من العبد الا الجزء المعتق والثانى أن يكون يملك العبد كله ولكن بعض عتقه اختيارا منه فأما العبد بين الرجلين يعتق أحدهما حظه منه فان الفقهاء اختلفوا فى حكم ذلك فقال مالك والشافعى وأحمد بن حنبل ان كان المعتق موسرا قوم عليه نصيب شريكه قيمة العدل فدفع ذلك الى شريكه وعتق الكل عليه وكان ولاؤه له وان كان المعتق معسرا لم يلزمه شئ وبقى المعتق بعضه عبدا وأحكامه أحكام العبد وقال أبو يوسف ومحمد ان كان معسرا سعى العبد فى قيمته للسيد الذى لم يعتق حظه منه وهو حر يوم أعتق حظه منه الاول ويكون ولاؤه للاول وبه قال الاوزاعى وابن شبرمة وابن أبى ليلى وجماعة الكوفيين الا أن ابن شبرمة وابن أبى ليلى جعلا للعبد أن يرجع على المعتق بما سعى فيه متى أيسر وأما شريك المعتق فان الجمهور على أن له الخيار فى أن يعتق أو يقوم نصيبه على المعتق وقال أبو حنيفة لشريك الموسر ثلاث خيارات أحدها أن يعتق كما أعتق شريكه ويكون الولاء بينهما وهذا الاخلاف فيه بينهم والخيار الثانى أن تقوم عليه حصته والثالث أن يكلف العبد السعى فى ذلك ان شاء ويكون الولاء بينهما وللسيد المعتق عبده عنده اذا قوم عليه شريكه نصيبه أن يرجع على العبد

فيسعى فيه ويكون الولاء كله للمعتق وعمدة مالك والشافعى حديث ابن عمر أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال من أعتق شركاله فى عبد وكان له مال يبلغ ثمن العبد قوم عليه قيمة العدل فأعطى شركاءه حصصهم وعتق عليه العبد والا فقد عتق منه ما عتق وعمدة محمد وأبى يوسف صاحبى أبى حنيفة ومن يقول بقولهم حديث أبى هريرة أن النبى صلى الله عليه وسلم قال من أعتق شقصاله فى عبد فخلاصه فى ماله ان كان له مال فان لم يكن له مال استسعى العبد غير مشقوق عليه وكلا الحديثين خرجه أهل الصحيح البخارى ومسلم وغيرهما ولكل طائفة منهم قول فى ترجيح حديثه الذى أخذ به فمما وهنت به الكوفية حديث ابن عمر أن بعض رواته شك فى الزيادة المعارضة فيه لحديث أبى هريرة وهو قوله والا فقد عتق منه ما عتق فهل هو من قوله عليه السلام أم من قول نافع وان فى ألفاظه أيضا بين رواته اضطرابا ومما وهن به المالكيون حديث أبى هريرة انه اختلف أصحاب قتادة فيه على قتادة فى ذكر السعاية وأما من طريق المعنى فاعتمدت المالكية فى ذلك على انه انما لزم السيد التقويم ان كان له مال للضرر الذى أدخله على شريكه والعبد لم يدخل ضررا فليس يلزمه شئ وعمدة الكوفيين من طريق المعنى ان الحرية حق ما شرعى لا يجوز تبعيضه فاذا كان الشريك المعتق موسرا عتق الكل عليه واذا كان معسرا سعى العبد فى قيمته وفيه مع هذا رفع الضرر الداخل على الشريك وليس فيه ضرر على العبد وربما أتوا بقياس شبهى وقالوا لما كان العتق يوجد منه فى الشرع نوعان نوع يقع بالاختيار وهو اعتاق السيد عبده ابتغاء ثواب الله ونوع يقع بغير اختيار وهو أن يعتق على السيد من لا يجوز له بالشريعة ملكه وجب أن يكون العتق بالسعى كذلك فالذى بالاختيار منه هو الكتابة والذى هو داخل بغير اختيار هو السعى واختلف مالك والشافعى فى أحد قوليه اذا كان المعتق موسرا هل يعتق عليه نصيب شريكه بالحكم أو بالسراية أعنى أنه يسرى وجوب عتقه عليه بنفس العتق فقالت الشافعية يعتق بالسراية وقالت المالكية بالحكم واحتجت المالكية بأنه لو كان واجبا بالسراية لسرى مع العدم واليسر واحتجت الشافعية باللازم عن مفهوم قوله عليه الصلاة والسلام قوم عليه قيمة العدل فقالوا ما يجب تقويمه فانما يجب بعد اتلافه فاذن بنفس العتق أتلف حظ صاحبه فوجب عليه تقويمه فى وقت الاتلاف وان لم يحكم عليه بذلك حاكم وعلى هذا فليس للشريك أن يعتق نصيبه لانه قد نفذ العتق وهذا بين وقول أبى حنيفة فى هذه المسئلة مخالف لظاهر الحديثين وقد روى فيها خلاف شاذ فقيل عن ابن سيرين انه جعل حصة الشريك فى بيت المال وقيل عن ربيعة فيمن أعتق نصيباله فى عبد ان العتق باطل وقال قوم لا يقوم على المعسر الكل وينفذ العتق فيما أعتق وقال قوم بوجوب التقويم على المعتق موسرا أو معسرا ويتبعه شريكه وسقط العسر فى بعض الروايات فى حديث ابن عمر وهذا كله خلاف الاحاديث ولعلهم لم تبلغهم الاحاديث واختلف قول مالك من هذا فى فرع وهو اذا كان معسرا فتأخر الحكم عليه باسقاط التقويم حتى أيسر فقيل يقوم وقيل لا يقوم واتفق القائلون بهذه الآثار على أن من ملك باختياره شقصا يعتق عليه من عبد أنه يعتق عليه الباقى ان كان موسرا الا اذا ملكه بوجه لا اختيار له فيه وهو أن يملكه بميراث فقال قوم تعتق عليه فى حال اليسر وقال قوم لا يعتق عليه وقال قوم فى حال اليسر بالسعاية وقال قوم لا واذا ملك السيد جميع العبد فأعتق بعضه فجمهور علماء الحجاز والعراق مالك والشافعى

الثورى والاوزاعى وأحمد وابن أبى ليلى ومحمد بن الحسن وأبو يوسف يقولون يعتق عليه كله وقال أبو حنيفة وأهل الظاهر يعتق منه ذلك القدر الذى عتق ويسعى العبد فى الباقى وهو قول طاوس وحماد عمدة استدلال الجمهور أنه لما ثبتت السنة فى اعتاق نصيب الغير على الغير لحرمة العتق كان أحرى ان يجب ذلك عليه فى ملكه وعمدة أبى حنيفة أن سبب وجوب العتق على المبعض للعتق هو الضرر الداخل على شريكه فاذا كان ذلك كله ملكا لم يكن هنالك ضرر فسبب الاختلاف من طريق المعنى هل علة هذا الحكم حرمة العتق أعنى أن لا يقع فيه تبعيض أو مضرة الشريك واحتجت الحنفية بما رواه اسماعيل بن أمية عن أبيه عن جده أنه أعتق نصف عبده فلم ينكر رسول الله صلى الله عليه وسلم عتقه ومن عمدة الجمهور ما رواه النسائى وأبو داود عن أبى المليح عن أبيه أن رجلا من هذيل أعتق شقصا له من مملوك فتمم النبى عليه الصلاة والسلام عتقه وقال ليس لله شريك وعلى هذا فقد نص على العلة التى تمسك بها الجمهور وصارت علتهم أولى لان العلة المنصوص عليها أولى من المستنبطة فسبب اختلافهم تعارض الآثار فى هذا الباب وتعارض القياس وأما الاعتاق الذى يكون بالمثلة فان العلماء اختلفوا فيه فقال مالك والليث والاوزاعى من مثل بعبده أعتق عليه وقال أبو حنيفة والشافعى لا يعتق عليه وشذ الاوزاعى فقال من مثل بعبد غيره أعتق عليه والجمهور على انه يضمن ما نقص من قيمة العبد فمالك ومن قال بقوله اعتمد حديث عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده ان زنباعا وجد غلاما له مع جارية فقطع ذكره وجدع أنفه فأتى النبى صلى الله عليه وسلم فذكر ذلك له فقال له النبى صلى الله عليه وسلم ما حملك على ما فعلت فقال فعل كذا وكذا فقال النبى صلى الله عليه وسلم اذهب فأنت حر وعمدة الفريق الثانى قوله صلى الله عليه وسلم فى حديث ابن عمر من لطم مملوكه أو ضربه فكفارته عتقه قالوا فلم يلزم العتق فى ذلك وانما ندب اليه ولهم من طريق المعنى ان الاصل فى الشرع هو انه لا يكره السيد على عتق عبده الا ما خصصه الدليل وأحاديث عمرو بن شعيب مختلف فى صحتها فلم تبلغ من القوة ان يخصص بها مثل هذه القاعدة وأما هل يعتق على الانسان أحد من قرابته وان عتق فمن يعتق فانهم اختلفوا فى ذلك فجمهور العلماء على انه يعتق على الرجل بالقرابة الا داود وأصحابه فانهم لم يروا ان يعتق أحد على أحد من قبل قربى والذين قالوا بالعتق اختلفوا فيمن يعتق ممن لا يعتق بعد اتفاقهم على انه يعتق على الرجل أبوه وولده فقال مالك يعتق على الرجل ثلاثة أحدها أصوله وهم الآباء والاجداد والجدات والامهات وآباؤهم وأمهاتهم وبالجملة كل من كان له على الانسان ولادة والثانى فروعه وهم الابناء والبنات وولدهم ما سفلوا وسواء فى ذلك ولد البنين وولد البنات وبالجملة كل من للرجل عليه ولادة بغير توسط أو بتوسط ذكر أو أنثى والثالث الفروع المشاركة له فى أصله القريب وهم الاخوة وسواء كانوا الأب وأم أو لأب فقط أو لام فقط واقتصر من هذا العمود على القريب فقط فلم يوجب عتق بنى الاخوة وأما الشافعى فقال مثل قول مالك فى العمودين الأعلى والأسفل وخالفه فى الاخوة فلم يوجب عتقهم وأما أبو حنيفة فاوجب عتق كل ذى رحم محرم بالنسب كالعم والعمة والخال والخالة وبنات الاخ ومن أشبههم ممن هو من الانسان ذو محرم وسبب اختلاف أهل الظاهر مع الجمهور اختلافهم فى مفهوم الحديث الثابت وهو قوله عليه السلام لا يجزى ولد عن والده الا ان يجده مملوكا فيشتريه فيعتقه خرجه مسلم والترمذى وأبو داود وغيرهم

فقال الجمهور يفهم من هذا انه اذا اشتراه وجب عليه عتقه وانه ليس يجب عليه شراؤه وقالت الظاهرية المفهوم من الحديث انه ليس يجب عليه شراؤه ولا عتقه اذا اشتراه قالوا لان اضافة عتقه اليه دليل على صحة ملكه له ولو كان ما قالوا صوابا لكان اللفظ الا ان يشتريه فيعتق عليه وعمدة الحنفية ما رواه قتادة عن الحسن عن سمرة أن النبي صلى الله عليه وسلم قال من ملك ذا رحم محرم فهو حر وكأن هذا الحديث لم يصح عند مالك والشافعي وقاس مالك الاخوة على الابناء والآباء ولم يلحقهم بهم الشافعي واعتمد الحديث المتقدم فقط وقاس الأبناء على الآباء وقد رامت المالكية أن تحتج لمذهبها بان البنوة صفة هي ضد العبودية وانها ليس تجتمع معها لقوله تعالى (وما ينبغي للرحمن أن يتخذ ولدا ان كل من في السموات والأرض الا آتي الرحمن عبدا) وهذه العبودية هي معنى غير العبودية التي يحتجون بها فان هذه عبودية معقولة وسوة معقولة والعبودية التي بين المخلوقين والمولايية هي عبودية بالشرع لا بالطبع أعني بالوضع لا مجال للعقل كما يقولون فيها عندهم وهو احتجاج ضعيف وانما أراد الله تعالى ان البنوة تساوى الابوة في جنس الوجود أو في نوعه أعني ان الموجودين اللذين أحدهما أب والآخر ابن هما متقاربان جدا حتى انهما اما أن يكونا من نوع واحد أو من جنس واحد وما دون الله من الموجودات فليس يجتمع معه سبحانه في جنس قريب ولا بعيد بل التفاوت بينهما غاية التفاوت فلم يصح ان يكون في الموجودات التي ههنا شئ نسبته اليه نسبة الأب الى الابن بل ان كان نسبة الموجودات اليه نسبة العبد الى السيد كان أقرب الى حقيقة الأمر من نسبة الابن الى الأب لان التباعد الذى بين السيد والعبد في المرتبة أشد من التباعد الذى بين الأب والابن وعلى الحقيقة فلا شبه بين النسبتين لكن لما لم يكن في الموجودات نسبة أشد تباعدا من هذه النسبة أعني تباعد طرفيهما في الشرف والخسة ضرب المثال بها أعني نسبة العبد للسيد ومن لحظ المحبة التي بين الأب والابن والرحمة والرأفة والشفقة أجاز أن يقول في الناس انهم أبناء الله على ظاهر شريعة عيسى فهذه جملة المسائل المشهورة التي تتعلق بالعتق الذى يدخل على الانسان بغير اختياره وقد اختلفوا من أحكام العتق في مسئلة مشهورة تتعلق بالسماع وذلك ان الفقهاء اختلفوا فيمن أعتق عبيدا له في مرضه أو بعد موته ولا مال له غيرهم فقال مالك والشافعي وأصحابهما وأحمد وجماعة اذا أعتق في مرضه ولا مال له سواهم قسموا ثلاثة أجزاء وعتق منهم جزء بالقرعة بعد موته وكذلك الحكم في الوصية بعتقهم وخالف أشهب وأصبغ مالكا في العتق المبتل في المرض فقالا جميعا انما القرعة في الوصية وأما حكم العتق المبتل فهو كحكم المدبر ولا خلاف في مذهب مالك ان المدبرين في كلمة واحدة اذا ضاق عنهم الثلث انه يعتق من كل واحد منهم بقدر حظه من الثلث وقال أبو حنيفة وأصحابه في العتق المبتل اذا ضاق عنه الثلث انه يعتق من كل واحد منهم ثلثه وقال الغير بل يعتق من الجميع ثلثه فقوم من هؤلاء اعتبروا في ثلث الجميع القيمة وهو مذهب مالك والشافعي وقوم اعتبروا العدد فعند مالك اذ كانوا ستة أعبد مثلا عتق منهم الثلث بالقيمة كان الحاصل في ذلك اثنين منهم أو أقل أو أكثر وذلك أيضا بالقرعة بعد ان يجبروا على القسمة أثلاثا وقال قوم بل المعتبر العدد فان كانوا ستة عتق منهم اثنان وان كانوا مثلا سبعة عتق منهم اثنان وثلث فعمدة أهل الحجاز ما رواه أهل البصرة عن عمران بن الحصين أن رجلا أعتق ستة مملوكين عند موته ولم يكن له مال غيرهم فدعا رسول الله صلى الله عليه وسلم فجزأهم

أثلاثا ثم أقرع بينهم فأعتق اثنين وأرق أربعة خرجه البخارى ومسلم مسندا وأرسله مالك وعمدة الحنفية ماجرت به عادتهم من رد الآثار التى تأتى بطرق الآحاد اذا خالفتها الاصول الثابتة بالتواتر وعمدتهم انه قد أوجب السيد لكل واحد منهم العتق تاما فلو كان له مال لنفذ باجماع فاذا لم يكن له مال وجب ان ينفذ لكل واحد منهم بقدر الثلث الجائز فعل السيد فيه وهذا الأصل ليس بينا من قواعد الشرع فى هذا الموضع وذلك انه يمكن ان يقال انه اذا أعتق من كل واحد منهم الثلث دخل الضرر على الورثة والعبيد المعتقين وقد ألزم الشرع مبعض العتق ان يتم عليه فلما لم يمكن هاهنا ان يتم عليه جمع فى أشخاص بأعيانهم لكن متى اعتبرت القيمة فى ذلك دون العدد افضت الى هذا الأصل وهو تبعيض العتق فلذلك كان الاولى أن يعتبر العدد وهو ظاهر الحديث وكان الجزء المعتق فى كل واحد منهم هو حق لله فوجب ان يجمع فى أشخاص باعيانهم أصله حق الناس واختلفوا فى مال العبد اذا أعتق لمن يكون فقالت طائفة المال للسيد وقالت طائفة ماله تبع له وبالأول قال ابن مسعود من الصحابة ومن الفقهاء أبو حنيفة والثورى وأحمد واسحق وبالثانى قال ابن عمر وعائشة والحسن وعطاء ومالك وأهل المدينة والحجة لهم حديث ابن عمر ان النبى صلى الله عليه وسلم قال من أعتق عبدا فماله له الا ان يشترط السيد ماله وأما ألفاظ العتق فان منها صريحا ومنها كناية عند أكثر فقهاء الأمصار أما الألفاظ الصريحة فهو ان يقول أنت حر أو أنت عتيق وما تصرف من هذه فهذه الألفاظ تلزم السيد باجماع من العلماء وأما الكناية فهى مثل قول السيد لعبده لا سبيل لى عليك أو لا ملك لى عليك فهذه ينوى فيها سيد العبد هل أراد به العتق أم لا عند الجمهور ومما اختلفوا فيه فى هذا الباب اذا قال السيد لعبده يا بنى أو لامته يا بنتى أو قال يا أبى أو يا أمى فقال قوم وهم الجمهور لا عتق يلزمه وقال أبو حنيفة يعتق عليه وشذ زفر فقال لو قال السيد لعبده هذا ابنى عتق عليه وان كان العبد له عشرون سنة وللسيد ثلاثون سنة ومن هذا الباب اختلافهم فيمن قال لعبده ما أنت الا حر فقال قوم هو ثناء عليه وهم الأكثر وقال قوم هو حر وهو قول الحسن البصرى ومن هذا الباب أيضا من نادى عبدا من عبيده باسمه فاستجاب له عبد آخر فقال له أنت حر وقال انما أردت الأول فقيل يعتقان عليه جيعا وقيل ينوى واتفقوا على ان من أعتق مافى بطن أمته فهو حر دون الأم واختلفوا فيمن أعتق أمة واستثنى مافى بطنها فقالت طائفة له استثناؤه وقالت طائفة هما حران واختلفوا فى سقوط العتق بالمشيئة فقالت طائفة لا استثناء فيه كالطلاق وبه قال مالك وقال قوم يؤثر فيه الاستثناء كقولهم فى الطلاق أعنى قول القائل لعبده أنت حر ان شاء الله وكذلك اختلفوا فى وقوع العتق بشرط الملك فقال مالك يقع وقال الشافعى وغيره لا يقع وحجتهم قوله عليه الصلاة والسلام لا عتق فيما لا يملك ابن آدم وحجة الفرقة الثانية تشبيههم اياه باليمين وألفاظ هذا الباب شبيهة بألفاظ الطلاق وشروطه كشروطه وكذلك الايمان فيه شبيهة بايمان الطلاق وأما أحكامه فكثيرة منها أن الجمهور على أن الأبناء تابعون فى العتق والعبودية للام وشذ قوم فقالوا الا أن يكون الأب عربيا ومنها اختلافهم فى العتق الى أجل فقال قوم ليس له أن يطأها ان كانت جارية ولا يبيع ولا يهب وبه قال مالك وقال قوم له جميع ذلك وبه قال الاوزاعى والشافعى واتفقوا على جواز اشتراط

الخدمة على المعتق مدة معلومة بعد العتق وقبل العتق واختلفوا فيمن قال لعبده ان بعتك فانت حر فقال قوم لا يقع عليه العتق لانه اذا باعه لم يملك عتقه وقال قوم ان باعه بعتق عليه أعنى من مال البائع اذا باعه وبه قال مالك والشافعى وبالأول قال أبو حنيفة وأصحابه والثورى وفروع هذا الباب كثيرة وفى هذا كفاية

﴿ بسم الله الرحمن الرحيم وصلى الله على سيدنا محمد وآله وصحبه وسلم تسليما ﴾

﴿ كتاب الكتابة ﴾

والنظر الكلى فى الكتابة ينحصر فى أركانها وشروطها وأحكامها أما الاركان فثلاثة العقد وشروطه وصفته والعاقد والمعقود عليه وصفاتهما ونحن نذكر المسائل المشهورة لأهل الأمصار فى جنس جنس من هذه الأجناس

﴿ القول فى مسائل العقد ﴾

فمن مسائل هذا الجنس المشهورة اختلافهم فى عقد الكتابة هل هو واجب أو مندوب اليه فقال فقهاء الأمصار انه مندوب وقال أهل الظاهر هو واجب واحتجوا بظاهر قوله تعالى (فكاتبوهم ان علمتم فيهم خيرا) والأمر على الوجوب وأما الجمهور فانهم لما رأوا أن الأصل هو أن لا يجبر أحد على عتق مملوكه حملوا هذه الآية على الندب لئلا تكون معارضة لهذا الأصل وأيضا فانه لما لم يكن للعبد ان يحكم له على سيده بالبيع له وهو خروج رقبته عن ملكه بعوض فأحرى ان لا يحكم له عليه بخروجه عن غير عوض هو ماله وذلك ان كسب العبد هو للسيد وهذه المسئلة هى أقرب أن تكون من أحكام العقد من أن تكون من أركانه وهذا العقد بالجملة هو أن يشترى العبد نفسه وماله من سيده بمال يكتسبه العبد فأركان هذا العقد الثمن والمثمون والأجل والألفاظ الدالة على هذا العقد فأما الثمن فانهم اتفقوا على أنه يجوز اذا كان معلوما بالعلم الذى يشترط فى البيوع واختلفوا اذا كان فى لفظه ابهام ما فقال أبو حنيفة ومالك يجوز أن يكاتب عبده على جارية أو عبد من غير أن يصفهما ويكون له الوسط من العبيد وقال الشافعى لا يجوز حتى يصفه فمن اعتبر فى هذا طلب المعاينة شبهه بالبيوع ومن رأى أن هذا العقد مقصوده المكارمة وعدم التشاح جوز فيه الغرر اليسير كحال اختلافهم فى الصداق ومالك يجيز بين العبد وسيده من جنس الربا ما لا يجوز بين الاجنبى والاجنبى من مثل بيع الطعام قبل قبضه وفسخ الدين فى الدين وضع وتعجل ومنع ذلك الشافعى وأحمد وعن أبى حنيفة القولان جميعا وعمدة من أجازه انه ليس بين السيد وعبده ربا لانه وماله له وانما الكتابة سنة على حدتها وأما الأجل فانهم اتفقوا على أنه يجوز أن تكون مؤجلة واختلفوا فى هل تجوز حالة وذلك أيضا بعد اتفاقهم على أنها تجوز حالة على مال موجود عند العبد وهى التى يسمونها قطاعة لا كتابة وأما الكتابة فهى التى يشترى العبد فيها ماله ونفسه من سيده بمال يكتسبه فموضع الخلاف انما هو هل يجوز أن يشترى نفسه من سيده بمال حال ليس هو بيده فقال الشافعى هذا الكلام لغو وليس يلزم السيد منه شئ وقال متأخرو أصحاب مالك قد لزمت الكتابة للسيد ويرفعه العبد الى الحاكم فينجم عليه المال بحسب حال العبد وعمدة المالكية أن السيد قد أوجب لعبده الكتابة الا انه اشترط فيها شرطا يتعذر غالبا فصح العقد وبطل الشرط وعمدة الشافعية أن الشرط الفاسد يعود ببطلان أصل العقد كمن باع جاريته واشترط أن لا يطأها وذلك انه اذا لم يكن له مال حاضر

أدى الى عجزه وذلك ضد مقصود الكتابة وحاصل قول المالكية يرجع الى أن الكتابة من أركانها أن تكون منجمة وأنه اذا اشترط فيها ضد هذا الركن بطل الشرط وصح العقد واتفقوا على أنه اذا قال السيد لعبده قد كاتبتك على ألف درهم فاذا أديتها فانت حر أنه اذا أداها حر واختلفوا اذا قال له قد كاتبتك على ألف درهم وسكت هل يكون حرا دون ان يقول له فاذا أديتها فانت حر فقال مالك وأبو حنيفة هو حر لان اسم الكتابة لفظ شرعي فهو يتضمن جميع أحكامه وقال قوم لا يكون حرا حتى يصرح بلفظ الاداء واختلف فى ذلك قول الشافعي ومن هذا الباب اختلاف قول ابن القاسم ومالك فيمن قال لعبده أنت حر وعليك ألف دينار فاختلف المذهب فى ذلك فقال مالك يلزمه وهو حر وقال ابن القاسم هو حر ولا يلزمه وأما ان قال أنت حر على ان عليك ألف دينار فاختلف المذهب فى ذلك فقال مالك هو حر والمال عليه كغريم من الغرماء وقيل العبد بالخيار فان اختار الحرية لزمه المال ونفذت الحرية والابقى عبدا وقيل ان قبل كانت كتابة يعتق اذا أدى والقولان لابن القاسم وتجوز الكتابة عند مالك على عمل محدود وتجوز عنده الكتابة المطلقة ويردان الى كتابة مثله كالحال فى النكاح وتجوز الكتابة عنده على قيمة العبد أعنى كتابة مثله فى الزمان والثمن ومن هنا قيل انه تجوز عنده الكتابة الحالة واختلف هل من شرط هذا العقد ان يضع السيد من آخر نجم الكتابة شيأ عن المكاتب لاختلافهم فى مفهوم قوله تعالى (وآتوهم من مال الله الذى آتاكم) وذلك ان بعضهم رأى ان السادة هم المخاطبون بهذه الآية ورأى بعضهم انهم جماعة المسلمين ندبوا لعون المكاتبين والذين رأوا ذلك اختلفوا هل ذلك على الوجوب أو على الندب والذين قالوا بذلك اختلفوا فى القدر الواجب فقال بعضهم ما ينطلق عليه اسم شئ وبعضهم حده * وأما المكاتب ففيه مسائل احداها هل تجوز كتابة المراهق وهل يجمع فى الكتابة الواحدة أكثر من عبد واحد وهل تجوز كتابة من يملك فى العبد بعضه بغير اذن شريكه وهل تجوز كتابة من لا يقدر على السعى وهل تجوز كتابة من فيه بقية رق فأما كتابة المراهق السوى على السعى الذى لم يبلغ الحلم فأجازها أبو حنيفة ومنعها الشافعى الا للبالغ وعن مالك القولان جميعا فعمدة من اشترط البلوغ تشبيهها بسائر العقود وعمدة من لم يشترطه أنه يجوز بين السيد وعبده ما لا يجوز بين الاجانب وان المقصود من ذلك انما هو القوة على السعى وذلك موجود فى غير البالغ وأما هل يجمع فى الكتابة الواحدة أكثر من عبد واحد فان العلماء اختلفوا فى ذلك ثم اذا قلنا بالجمع فهل يكون بعضهم حملاء عن بعض بنفس الكتابة حتى لا يعتق واحد منهم الا بعتق جميعهم فيه أيضا خلاف فأما هل يجوز الجمع فان الجمهور على جواز ذلك ومنعه قوم وهو أحد قولى الشافعى وأما هل يكون بعضهم حملاء عن بعض فان فيه لمن أجاز الجمع ثلاثة أقوال فقالت طائفة ذلك واجب بمطلق عقد الكتابة أعنى حمالة بعضهم عن بعض وبه قال مالك وسفيان وقال آخرون لا يلزمه ذلك بمطلق العقد ويلزم بالشرط وبه قال أبو حنيفة وأصحابه وقال الشافعى لا يجوز ذلك لا بالشرط ولا بمطلق العقد ويعتق كل واحد منهم اذا أدى قدر حصته فعمدة من منع الشرك ما فى ذلك من الغرر لأن قدر ما يلزم واحدا واحدا من ذلك مجهول وعمدة من أجازه ان الغرر اليسير يستخف فى الكتابة لأنه بين السيد وعبده والعبد وماله لسيده وأما مالك فحجته انه لما كانت كتابة واحدة وجب ان يكون حكمهم كحكم الشخص الواحد وعمدة الشافعية ان حمالة بعضهم عن بعض

لافرق بينها و بين حمالة الاجنبيين فمن رأى أن حمالة الاجنبيين فى الكتابة لاتجوز قال لاتجوز فى هذا الموضع وانما منعوا حمالة الكتابة لأنه اذا عجز المكاتب لم يكن للحميل شئ يرجع عليه وهذا كأنه ليس يظهر فى حمالة العبيد بعضهم عن بعض وانما الذى يظهر فى ذلك ان هذا الشرط هو سبب لأن يعجز من يقدر على السعى بعجز من لا يقدر عليه فهو غرر خاص بالكتابة الا أن يقال أيضا ان الجمع يكون سببا لان يخرج حرا من لا يقدر من نفسه أن يسعى حتى يخرج حرا فهو كما يعود برق من يقدر على السعى كذلك يعود بحرية من لا يقدر على السعى وأما أبو حنيفة فشبهها بحمالة الاجنبي مع الاجنبي فى الحقوق التى تجوز فيها الحمالة فالزمها بالشرط ولم يلزمها بغير شرط وهو مع هذا أيضا لا يجيز حمالة الكتابة وأما العبد بين الشريكين فان العلماء اختلفوا هل لاحدهما أن يكاتب نصيبه دون اذن صاحبه فقال بعضهم ليس له ذلك والكتابة مفسوخة وماقبض منها هى بينهم على قدر حصصهم وقالت طائفة يجوز أن يكاتب الرجل نصيبه من عبده دون نصيب شريكه وفرقت فرقة فقالت يجوز باذن شريكه ولا يجوز بغير اذن شريكه وبالقول الاول قال مالك وبالثانى قال ابن أبى ليلى وأحمد وبالثالث قال أبو حنيفة والشافعى فى أحد قوليه وله قول آخر مثل قول مالك وعمدة مالك أنه لو جاز ذلك لادى الى أن يعتق العبد كله بالتقويم على الذى كاتب حظه منه وذلك لا يجوز الا فى تبعيض العتق ومن رأى أن له أن يكاتبه رأى أن عليه ان يتم عتقه اذا أدى الكتابة اذا كان موسرا فاحتجاج مالك هنا هو احتجاج بأصل لا يوافقه عليه الخصم لكن ليس يمنع من صحة الأصل أن لا يوافقه عليه الخصم وأما اشتراط الاذن فضعيف وأبو حنيفة يرى فى كيفية أداء المال للمكاتب اذا كانت الكتابة عن اذن شريكه ان كل ما أدى للشريك الذى كاتبه يأخذ منه الشريك الثانى نصيبه و يرجع بالباقى على العبد فيسعى له فيه حتى يتم له ما كان كاتبه عليه وهذا فيه بعد عن الاصول وأما هل تجوز مكاتبة من لا يقدر على السعى فلا خلاف فيما أعلم بينهم ان من شرط المكاتب أن يكون قويا على السعى لقوله تعالى (ان علمتم فيهم خيرا) وقد اختلف العلماء ما الخير الذى اشترطه الله فى المكاتبين فى قوله ان علمتم فيهم خيرا فقال الشافعى الاكتساب والامانة وقال بعضهم المال والامانة وقال آخرون الصلاح والدين وأنكر بعض العلماء أن يكاتب من لا حرفة له مخافة السؤال وأجاز ذلك بعضهم لحديث بريرة انها كوتبت على ان تسأل الناس وكره مالك أن تكاتب الامة التى لا اكتساب لها بصناعة مخافة أن يكون ذلك ذريعة الى الزنا وأجاز مالك كتابة المدبرة وكل من فيه بقية رق الا أم الولد اذ ليس له عند مالك أن يستخدمها

﴿ القول فى المكاتب ﴾

وأما المكاتب فاتفقوا على ان من شرطه أن يكون مالكا صحيح الملك غير محجور عليه صحيح الجسم واختلفوا هل للمكاتب أن يكاتب عبده أم لا وسيأتى هذا فيما يجوز من أفعال المكاتب مما لا يجوز ولم يجز مالك أن يكاتب العبد المأذون له فى التجارة لأن الكتابة عتق ولا يجوز له أن يعتق وكذلك لا تجوز كتابة من أحاط الدين بماله الا أن يجيز الغرماء ذلك اذا كان فى ثمن كتابته ان بيعت(٧) مثل ثمن رقبته وأما كتابة المريض فانها عنده فى الثلث توقف حتى يصح فتجوز أو يموت فتكون من الثلث كالعتق سواء وقد قيل ان حابى كان كذلك وان لم يحاب سعى فان أدى وهو فى المرض عتق وتجوز عنده كتابة النصرانى

(٧) هكذا ببعض النسخ وفى بعضها اسقاط لفظ ان بيعت ولعله هو الصواب تأمل اه مصححه

المسلم ويباع عليه كما يباع عليه العبد المسلم عنده فهذه هي مشهورات المسائل التي تتعلق بالاركان أعني المكاتب والمكاتب والكتابة وأما الاحكام فكثيرة وكذلك الشروط التي تجوز فيها من التي لا تجوز ويشبه أن تكون أجناس الاحكام الاولى في هذا العقد هو أن يقال متى يعتق المكاتب ومتى يعجز فيرق وكيف حاله ان مات قبل أن يعتق أو يرق ومن يدخل معه في حال الكتابة ممن لا يدخل وتمييز ما بقى عليه من حجر الرق مما لم يبق عليه فلنبدأ بذكر مسائل الاحكام المشهورة التي في جنس جنس من هذه الاجناس الخمسة

﴿ الجنس الأول ﴾

فأما متى يخرج من الرق فانهم اتفقوا على انه يخرج من الرق اذا أدى جميع الكتابة واختلفوا اذا عجز عن البعض وقد أدى البعض فقال الجهور هو عبد ما بقى عليه من كتابته شئ وانه يرق اذا عجز عن البعض وروى عن السلف المتقدم سوى هذا القول الذى عليه الجهور أقوال أربعة أحدها أن المكاتب يعتق بنفس الكتابة والثاني أنه يعتق منه بقدر ما أدى والثالث أنه يعتق ان أدى النصف فأكثر والرابع ان أدى الثلث والا فهو عبد وعمدة الجهور ما خرجه أبو داود عن عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده أن النبي صلى الله عليه وسلم قال أيما عبد كاتب على مائة أوقية فأداها الا عشرة أواق فهو عبد وأيما عبد كاتب على مائة دينار فأداها الا عشرة فهو عبد وعمدة من رأى أنه يعتق بنفس عقد الكتابة تشبيههاياها بالبيع فكأن المكاتب اشترى نفسه من سيده فان عجز لم يكن له الا أن يتبعه بالمال كما لو أفلس من اشتراه منه الى أجل وقد مات وعمدة من رأى أنه يعتق منه بقدر ما أدى ما رواه يحي ابن كثير عن عكرمة عن ابن عباس أن النبي صلى الله عليه وسلم قال يؤدى المكاتب بقدر ما أدى دية حر وبقدر ما رق منه دية عبد خرجه النسائي والخلاف فيه من قبل عكرمة كما ان الخلاف في أحاديث عمرو ابن شعيب من قبل انه روى من صحيفة وبهذا القول قال على أعني بحديث ابن عباس وروى عن عمر ابن الخطاب انه اذا أدى الشطر عتق وكان ابن مسعود يقول اذا أدى الثلث وأقوال الصحابة وان لم تكن حجة فالظاهر ان التقدير اذا صدر منهم أنه محمول على ان فى ذلك سنة بلغتهم وفى المسئلة قول خامس اذا أدى الثلاثة الارباع عتق وبقى عديما فى باقى المال وقد قيل ان أدى القيمة فهو غريم وهو قول عائشة وابن عمر وزيد بن ثابت والاشهر عن عمر وأم سلمة هو مثل قول الجهور وقول هؤلاء هو الذى اعتمده فقهاء الامصار وذلك انه صحت الرواية فى ذلك عنهم صحة لا شك فيها روى ذلك مالك فى موطئه وأيضا فهو أحوط لأموال السادات ولأن فى المبيعات يرجع فى عين المبيع له اذا أفلس المشترى

﴿ الجنس الثانى ﴾

وأما متى يرق فانهم اتفقوا على انه انما يرق اذا عجز اما عن البعض واما عن الكل بحسب ما قدمنا اختلافهم واختلفوا هل للعبد ان يعجز نفسه اذا شاء من غير سبب أم ليس له ذلك الا بسبب فقال الشافعى الكتابة عقد لازم فى حق العبد(٧) وهى فى حق السيد غير لازمة وقال مالك وأبو حنيفة الكتابة عقد لازم من الطرفين أى بين العبد والسيد وتحصيل مذهب مالك فى ذلك ان العبد والسيد لا يخلو ان يتفقا على

---

(٧) هكذا بالنسخ والمشهور من مذهب الشافعى عكس ما يقوله ورب ما دله ما يأتى من الاستدلال تأمل اه مصححه

التعجيز أو يختلفا ثم اذا اختلفا فاما أن يريد السيد التعجيز ويأباه العبد أو بالعكس أعنى ان يريد السيد البقاء على الكتابة ويريد العبد التعجيز فاما اذا اتفقا على التعجيز فلا يخلو الأمر من قسمين أحدهما ان يكون دخل فى الكتابة ولد أو لا يكون فان كان دخل ولد فى الكتابة فلا خلاف عنده انه لا يجوز التعجيز وان لم يكن له ولد ففى ذلك روايتان أحدهما انه لا يجوز اذا كان له مال وبه قال أبو حنيفة والاخرى انه يجوز له ذلك فأما ان طلب العبد التعجيز وأبى السيد لم يكن ذلك للعبد ان كان معه مال أو كانت له قوة على السعى وأما ان أراد السيد التعجيز وأباه العبد فانه لا يعجزه عنده الا بحكم حاكم وذلك بعد ان يثبت السيد عند الحاكم انه لا مال له ولا قدرة على الأداء ونرجع الى عمدة أدلتهم فى أصل الخلاف فى المسئلة فعمدة الشافعى ماروى ان بريرة جاءت الى عائشة تقول لها انى أريد أن تشتريني وتعتقيني فقالت لها ان أراد أهلك فجاءت أهلها فباعوها وهى مكاتبة خرجه البخارى وعمدة المالكية تشبيههم الكتابة بالعقود اللازمة ولأن حكم العبد فى هذا المعنى يجب ان يكون كحكم السيد وذلك ان العقود من شأنها ان يكون اللزوم فيها أو الخيار مستويا فى الطرفين واما أن يكون لازما من طرف وغير لازم من الطرف الثانى فخارج عن الاصول وعللوا حديث بريرة بان الذى باع أهلها كانت كتابتها لا رقبتها والحنفية تقول لما كان المغلب فى الكتابة حق العبد وجب ان يكون العقد لازما فى حق الآخر المغلب عليه وهو السيد أصله النكاح لأنه غير لازم فى حق الزوج لمكان الطلاق الذى بيده وهو لازم فى حق الزوجة والمالكية تعترض هذا بأن تقول انه عقد لازم فيما وقع به العوض اذ كان ليس له أن يسترجع الصداق

﴿ الجنس الثالث ﴾

وأما حكمه اذا مات قبل ان يؤدى الكتابة فاتفقوا على انه اذا مات دون ولد قبل ان يؤدى من الكتابة شيأ انه يرق واختلفوا اذا مات عن ولد فقال مالك حكم ولده كحكمه فان ترك مالا فيه وفاء للكتابة أدوه وعتقوا وان لم يترك مالا وكانت لهم قوة على السعى بقوا على نجوم أبيهم حتى يعجزوا أو يعتقوا وان لم يكن عندهم لا مال ولا قدرة على السعى رقوا وأنه ان فضل عن الكتابة شئ من ماله ورثوه على حكم ميراث الاحرار وانه ليس يرثه الا ولده الذين هم فى الكتابة معه دون سواهم من وارثيه ان كان له وارث غير الولد الذى معه فى الكتابة وقال أبو حنيفة انه يرثه بعد أداء كتابته من المال الذى ترك جميع أولاده الذين كاتب عليهم أو ولدوا فى الكتابة وأولاده الاحرار وسائر ورثته وقال الشافعى لا يرثه بنوه الاحرار ولا الذين كاتب عليهم أو ولدوا فى الكتابة وماله لسيده وعلى أولاده الذين كاتب عليهم ان يسعوا من الكتابة فى مقدار حظوظهم منها وتسقط حصة الأب عنهم وبسقوط حصة الأب عنهم قال أبو حنيفة وسائر الكوفيين والذين قالوا بسقوطها قال بعضهم تعتبر القيمة وهو قول الشافعى وقيل بالثمن وقيل حصته على مقدار الرؤس وانما قال هؤلاء بسقوط حصة الأب عن الابناء الذين كاتب عليهم لا الذين ولدوا له فى الكتابة لأن من ولد له أولاد فى الكتابة فهم تبع لأبيهم وعمدة مالك ان المكاتبين كتابة واحدة بعضهم حملاء عن بعض ولذلك من عتق منهم أو مات لم تسقط حصته عن الباقى وعمدة الفريق الثانى ان الكتابة لا تضمن وروى مالك عن عبد الملك بن مروان فى موطئه مثل قول الكوفيين وسبب اختلافهم ماذا يموت عليه المكاتب فعند مالك أنه يموت مكاتبا وعند أبى حنيفة أنه يموت حرا وعند الشافعى أنه يموت عبدا وعلى هذه الاصول بنوا الحكم فيه فعمدة الشافعية ان العبودية والحرية ليس بينهما وسط واذا مات

المكاتب فليس حرا بعد لان حريته انما تجب بأداء كتابته وهو لم يؤدها بعد فقد بقي انه مات عبدا لأنه لا يصح أن يعتق الميت وعمدة الحنفية ان العتق قد وقع بموته مع وجود المال الذى كاتب عليه لأنه ليس له أن يرق نفسه والحرية يجب ان تكون حاصلة له بوجود المال لا بدفعه الى السيد وأما مالك فجعل موته على حالة متوسطة بين العبودية والحرية وهي الكتابة فمن حيث لم يورث أولاده الاحرار منه جعل له حكم العبيد ومن حيث لم يورث سيده ماله حكم له بحكم الاحرار والمسئلة فى حد الاجتهاد ومما يتعلق بهذا الجنس اختلافهم فى أم ولد المكاتب اذا مات المكاتب وترك بنين لا يقدرون على السعى وأرادت الأم ان تسعى عليهم فقال مالك لها ذلك وقال الشافعي والكوفيون ليس لها ذلك وعمدتهم ان أم الولد اذا مات المكاتب مال من مال السيد وأما مالك فيرى ان حرمة الكتابة التى لسيدها صائرة اليها والى بنيها ولم يختلف قول مالك ان المكاتب اذا ترك بنين صغارا لا يستطيعون السعى وترك أم ولد لا تستطيع السعى انها تباع ويؤدى منها باقى الكتابة وعند أبى يوسف ومحمد بن الحسن انه لا يجوز بيع المكاتب لأم ولده ويجوز عند أبى حنيفة والشافعي واختلف أصحاب مالك فى أم ولد المكاتب اذا مات المكاتب وترك بنين ووفاء كتابته هل تعتق أم ولده أم لا فقال ابن القاسم اذا كان معها ولد عتقت والا رقت وقال أشهب تعتق على كل حال وعلى أصل الشافعي كل ما ترك المكاتب مال من مال سيده لا ينتفع به البنون فى أداء ما عليهم من كتابته كانوا معه فى عقد الكتابة أو كانوا ولدوا فى الكتابة وانما عليهم السعى وعلى أصل أبى حنيفة يكون حرا ولا بد ومذهب ابن القاسم كأنه استحسان

﴿ الجنس الرابع ﴾

وهو النظر فيمن يدخل معه فى عقد الكتابة ومن لا يدخل واتفقوا من هذا الباب على ان ولد المكاتب لا يدخل فى كتابة المكاتب الا بالشرط لأنه عبد آخر لسيده وكذلك اتفقوا على دخول ما ولد له فى الكتابة فيها واختلفوا فى أم الولد على ما تقدم وكذلك اختلفوا فى دخول ماله أيضا بمطلق العقد فقال مالك يدخل ماله فى الكتابة وقال الشافعي وأبو حنيفة لا يدخل وقال الاوزاعى يدخل بالشرط أعنى اذا اشترطه المكاتب وهذه المسئلة مبنية على هل يملك العبد أم لا يملك وعلى هل يتبعه ماله فى العتق أم لا وقد تقدم ذلك

﴿ الجنس الخامس ﴾

وهو النظر فيما يحجر فيه على المكاتب مما لا يحجر وما بقى من أحكام العبد فيه فنقول انه قد أجمع العلماء من هذا الباب على أنه ليس للمكاتب ان يهب من ماله شيأ له قدر ولا يعتق ولا يتصدق بغير اذن سيده فانه محجور عليه فى هذه الامور وأشباهها أعنى انه ليس له ان يخرج من يده شيأ من غير عوض واختلفوا من هذا الباب فى فروع منها انه اذا لم يعلم السيد بهبته أو بعتقه الا بعد أداء كتابته فقال مالك وجماعة من العلماء ان ذلك نافذ ومنعه بعضهم وعمدة من منعه ان ذلك وقع فى حالة لا يجوز وقوعه فيها فكان فاسدا وعمدة من أجازه ان السبب المانع من ذلك قد ارتفع وهو مخافة أن يعجز العبد وسبب اختلافهم هل اذن السيد من شرط لزوم العقد أو من شرط صحته فمن قال من شرط الصحة لم يجزه وان عتق ومن قال من شرط لزومه قال يجوز اذا عتق لأنه وقع عقدا صحيحا فلما ارتفع الاذن المرتقب فيه صح العقد كما لو أذن هذا كله عند من أجاز عتقه اذا أذن السيد فان الناس اختلفوا أيضا فى ذلك بعد اتفاقهم على انه لا يجوز عتقه اذا لم يأذن السيد فقال قوم ذلك جائز وقال قوم لا يجوز وبه قال أبو حنيفة

و بالجواز قال مالك وعن الشافعى فى ذلك القولان جميعا والذين أجازوا ذلك اختلفوا فى ولاء المعتق لمن يكون فقال مالك ان مات المكاتب قبل ان يعتق كان ولاء عبده لسيده وان مات وقد عتق المكاتب كان ولاؤه له وقال قوم من هؤلاء بل ولاؤه على كل حال لسيده وعمدة من لم يجز عتق المكاتب أن الولاء يكون للمعتق لقوله عليه السلام انما الولاء لمن أعتق ولا ولاء للمكاتب فى حين كتابته فلم يصح عتقه وعمدة من رأى ان الولاء للسيد ان عبد عبده بمنزلة عبده ومن فرق بين ذلك فهو استحسان ومن هذا الباب اختلافهم فى هل للمكاتب ان ينكح أو يسافر بغير اذن سيده فقال جمهورهم ليس له ان ينكح الا باذن سيده وأباح بعضهم النكاح له وأما السفر فأباحه له جمهورهم ومنعه بعضهم وبه قال مالك وأباحه سحنون من أصحاب مالك ولم يجز للسيد ان يشترطه على المكاتب وأجازه ابن القاسم فى السفر القريب والعلة فى منع النكاح انه يخاف ان يكون ذلك ذريعة الى عجزه والعلة فى جواز السفر انه به يقوى على التكسب فى أداء كتابته وبالجملة فللعلماء فى هذه المسئلة ثلاثة أقوال أحدها ان للمكاتب ان يسافر باذن سيده وبغير اذنه ولا يجوز ان يشترط عليه ان لا يسافر وبه قال أبو حنيفة والشافعى والقول الثانى انه ليس له ان يسافر الا باذن سيده وبه قال مالك والثالث ان بمطلق عقد الكتابة له أن يسافر الا أن يشترط عليه سيده ان لا يسافر وبه قال أحمد والثورى وغيرهما ومن هذا الباب اختلافهم فى هل للمكاتب ان يكاتب عبده فأجاز ذلك مالك مالم يرد به المحاباة وبه قال أبو حنيفة والثورى وللشافعى قولان أحدهما اثبات الكتابة والآخر ابطالها وعمدة الجماعة انها عقد معاوضة المقصود منه طلب الربح فاشبه سائر العقود المباحة من البيع والشراء وعمدة الشافعية ان الولاء لمن أعتق ولا ولاء للمكاتب لأنه ليس بحر واتفقوا على أنه لا يجوز للسيد انتزاع شئ من ماله ولا الانتفاع منه بشئ واختلفوا فى وطء السيد أمته المكاتبة فصار الجمهور الى منع ذلك وقال أحمد وداود وسعيد بن المسيب من التابعين ذلك جائز اذا اشترطه عليها وعمدة الجمهور انه وطء تقع الفرقة فيه الى أجل آت فاشبه النكاح الى أجل وعمدة الفريق الثانى تشبيهها بالمدبرة وأجمعوا على انها ان عجزت حل وطؤها واختلف الذين منعوا ذلك اذا وطئها هل عليه حد أم لا فقال جمهورهم لا حد عليه لأنه وطء بشبهة وقال بعضهم عليه الحد واختلفوا فى ايجاب الصداق لها والعلماء فيما أعلم على انه فى أحكامه الشرعية على حكم العبد مثل الطلاق والشهادة والحد وغير ذلك مما يختص به العبيد ومن هذا الباب اختلافهم فى بيعه فقال الجمهور لا يباع المكاتب الا بشرط ان يبقى على كتابته عند مشتريه وقال بعضهم بيعه جائز مالم يؤد شيأ من كتابته لأن بريرة بيعت ولم تكن أدت من كتابتها شيأ وقال بعضهم اذا رضى المكاتب بالبيع جاز وهو قول الشافعى لأن الكتابة عنده ليست بعقد لازم فى حق العبد واحتج بحديث بريرة اذ بيعت وهى مكاتبة وعمدة من لم يجز بيع المكاتب ما فى ذلك من نقض العهد وقد أمر الله تعالى بالوفاء به وهذه المسئلة مبنية على هل الكتابة عقد لازم أم لا وكذلك اختلفوا فى بيع الكتابة فقال الشافعى وأبو حنيفة لا يجوز ذلك وأجازها مالك ورأى الشفعة فيها للمكاتب ومن أجاز ذلك شبه بيعها ببيع الدين ومن لم يجز ذلك رآه من باب الغرر وكذلك شبه مالك الشفعة فيها بالشفعة فى الدين وفى ذلك أثر عن النبى صلى الله عليه وسلم أعنى فى الشفعة فى الدين ومذهب مالك فى بيع الكتابة انها ان كانت بذهب انها تجوز بعرض

معجل لا مؤجل لما يدخل فى ذلك من الدين بالدين وان كانت الكتابة بعرض كان شراؤها بذهب أو فضة معجلين أو بعرض مخالف واذا أعتق فولاؤه للمكاتب لا للمشترى ومن هذا الباب اختلافهم هل للسيد ان يجبر عبده على الكتابة أم لا * وأما شروط الكتابة فنها شرعية هى من شروط صحة العقد وقد تقدمت عند ذكر أركان الكتابة ومنها شروط بحسب التراضى وهذه الشروط منها ما يفسد العقد ومنها ما اذا تمسك بها أفسدت العقد واذا تركت صح العقد ومنها شروط جائزة غير لازمة ومنها شروط جائزة لازمة وهذه كلها هى مبسوطة فى كتب الفروع وليس كتابنا هذا كتاب فروع وانما هو كتاب أصول والشروط التى تفسد العقد بالجملة هى الشروط التى هى ضد شروط الصحة المشروعة فى العقد والشروط الجائزة هى التى لا تؤدى الى اخلال بالشروط المصححة للعقد ولا تلازمها فهذه الجملة ليس يختلف الفقهاء فيها وانما يختلفون فى الشروط لاختلافهم فيما هو منها شرط من شروط الصحة أو ليس منها وهذا يختلف بحسب القرب والبعد من اخلالها بشروط الصحة ولذلك جعل مالك جنسا ثالثا من الشروط وهى الشروط التى ان تمسك بها المشترط فسد العقد وان لم يتمسك بها جاز وهذا ينبغى ان تفهمه فى سائر العقود الشرعية فن مسائلهم المشهورة فى هذا الباب اذا اشترط فى الكتابة شرطا من خدمة أو سفر أو نحوه وقوى على أداء نجومه قبل محل أجل الكتابة هل يعتق أم لا فقال مالك وجماعة ذلك الشرط باطل و يعتق اذا أدى جميع المال وقالت طائفة لا يعتق حتى يؤدى جميع المال و يأتى بذلك الشرط وهو مروى عن عمر بن الخطاب رضى الله عنه انه أعتق رقيق الامارة وشرط عليهم ان يخدموا الخليفة بعد ثلاث سنين ولم يختلفوا ان العبد اذا أعتقه سيده على ان يخدمه سنين انه لا يتم عتقه الا بخدمة تلك السنين ولذلك القياس قول من قال ان الشرط لازم فهذه المسائل الواقعة المشهورة فى أصول هذا الكتاب وههنا مسائل تذكر فى هذا الكتاب وهى من كتب أخر وذلك انها اذا ذكرت فى هذا الكتاب ذكرت على انها فروع تابعة للاصول فيه واذا ذكرت فى غيره ذكرت على انها أصول ولذلك كان الاولى ذكرها فى هذا الكتاب فن ذلك اختلافهم اذا زوج السيد بنته من مكاتبه ثم مات السيد وورثته البنت فقال مالك والشافعى ينفسخ النكاح لانها ملكت جزأ منه وملك يمين المرأة محرم عليها باجماع وقال أبو حنيفة يصح النكاح لان الذى ورثت انما هو مال فى ذمة المكاتب لا رقبة المكاتب وهذه المسئلة هى أحق بكتاب النكاح ومن هذا الباب اختلافهم اذا مات المكاتب وعليه دين و بعض الكتابة هل يحاص سيده الغرماء أم لا فقال الجمهور لا يحاص الغرماء وقال شريح وابن أبى ليلى وجماعة يضرب السيد مع الغرماء وكذلك اختلفوا اذا أفلس وعليه دين يغترق ما بيده هل يتعدى ذلك الى رقبته فقال مالك والشافعى وأبو حنيفة لا سبيل لهم الى رقبته وقال الثورى وأحمد يأخذونه الا ان يفتكه السيد واتفقوا على انه اذا عجز عن عقل الجنايات انه يسلم فيها الا ان يعقل عنه سيده والقول فى هل يحاص سيده الغرماء أو لا يحاص هو من كتاب التفليس والقول فى جنايته هو من باب الجنايات ومن مسائل الاقضية التى هى فروع فى هذا الباب وأصل فى باب الاقضية اختلافهم فى الحكم عند اختلاف السيد والمكاتب فى مال الكتابة فقال مالك وأبو حنيفة القول قول المكاتب وقال الشافعى ومحمد وأبو يوسف يتحالفان و يتفاسخان قياسا على المتبايعين وفروع هذا الباب كثيرة لكن الذى حضرنا منها الآن فى الذكر

هو ماذكرناه ومن وقعت له من هـذا الباب مسائل مشهورة الخلاف بين فقهاء الامصار وهي قريبة من المسموع فينبغي ان تثبت في هـذا الموضع اذ كان القصد انما هو اثبات المسائل المشهورة التي وقع الخلاف فيها بين فقهاء الامصار مع المسائل المنطوق بها في الشرع وذلك ان قصدنا في هـذا الكتاب كما قلنا غير مامرة انما هو ان تثبت المسائل المنطوق بها في الشرع المتفق عليها والمختلف فيها ونذكر من المسائل المسكوت عنها التي شهر الخلاف فيها بين فقهاء الامصار فان معرفة هذين الصنفين من المسائل هي التي تجري للمجتهد مجرى الاصول في المسكوت عنها وفي النوازل التي لم يشتهر الخلاف فيها بين فقهاء الامصار سواء نقل فيها مذهب عن واحـد منهم أولم ينقل ويشبه ان يكون من تدرب في هذه المسائل وفهم أصول الاسباب التي أوجبت خلاف الفقهاء فيها ان يقول ما يجب في نازلة نازلة من النوازل أعني ان يكون الجواب فيها على مذهب فقيه فقيه من فقهاء الامصار أعني في المسئلة الواحدة بعينها ويعلم حيث خالف ذلك الفقيه أصله وحيث لم يخالف وذلك اذا نقل عنه في ذلك فتوى فأما اذا لم ينقل عنه في ذلك فتوى أولم يبلغ ذلك الناظر في هذه الاصول فيمكنه ان يأتي بالجواب بحسب أصول الفقيه الذي يفتي على مذهبه وبحسب الحق الذي يؤديه اليه اجتهاده ونحن نروم ان شاء الله بعد فراغنا من هذا الكتاب أن نضع في مذهب مالك كتابا جامعا لاصول مذهبه ومسائله المشهورة التي تجري في مذهبه مجرى الاصول للتفريع عليها وهـذا هو الذي عمله ابن القاسم في المدونة فانه جاوب فيما لم يكن عنـده فيها قول مالك على قياس ما كان عنده في ذلك الجنس من مسائل مالك التي هي فيها جارية مجرى الاصول لما جبل عليه الناس من الاتباع والتقليد في الاحكام والفتوى بيدان في قوة هذا الكتاب ان يبلغ به الانسان كما قلنا رتبة الاجتهاد اذا تقـدم فعلم من اللغة والعربيـة وعلم من أصول الفقه ما يكفيه في ذلك ولذلك رأينا ان أخص الاسماء بهذا الكتاب ان نسميه كتاب (بداية المجتهد وكفاية المقتصد)

﴿ بسم الله الرحمن الرحيم وصلى الله على سيدنا محمد وآله وصحبه وسلم تسليما ﴾

﴿ كتاب التدبير ﴾

والنظر في التدبير في أركانه وفي أحكامه أما الاركان فهي أربعة المعنى واللفظ والمدبر والمدبر وأما الاحكام فصنفان أحكام العقد وأحكام المدبر (الركن الاول) فنقول أجمع المسلمون على جواز التـدبير وهو أن يقول السيد لعبده أنت حر عن دبر مني أو يطلق فيقول أنت مدبر وهذان هما عندهم لفظا التدبير باتفاق والناس في التـدبير والوصـية على صنفين منهم من لم يفرق بينهما ومنهم من فرق بين التـدبير والوصية بأن جعل التدبير لازما والوصية غـير لازمة والذين فرقوا بينهما اختلفوا في مطلق لفظ الحرية بعد الموت هل يتضمن معنى الوصية أو حكم التدبير أعني اذا قال أنت حر بعد موتي فقال مالك اذا قال وهو صحيح أنت حر بعد موتي فالظاهر أنه وصـية والقول قوله في ذلك ويجوز رجوعه فيها الا أن يريد التدبير وقال أبو حنيفة الظاهر من هذا القول التدبير وليس له أن يرجع فيه ويقول مالك قال ابن القاسم ويقول أبي حنيفة قال أشهب قال الا أن يكون هنالك قرينة تدل على الوصية مثل أن يكون على سفر أو يكون مريضا وما أشبه ذلك من الأحوال التي جرت العادة أن يكتب الناس فيها وصاياهم فعلى قول من لا يفرق بين الوصية والتدبير وهو الشافعي ومن قال بقوله هذا اللفظ هو من ألفاظ صريح التدبير وأما على مذهب

من يفرق فهو امامن كنايات التدبير واماليس من كناياته ولامن صريحه وذلك ان من يحمله على الوصية فليس هو عنده لامن كناياته ولامن صريحه ومن يحمله على التدبير وينويه فى الوصية فهو عنده من كناياته وأما المدبر فانهم اتفقوا على ان الذى يقبل هذا العقد هو كل عبد صحيح العبودية ليس يعتق على سيده سواء ملك كله أو بعضه واختلفوا فى حكم من ملك بعضا فدبره فقال مالك يجوز ذلك وللذى لم يدبر حظه خياران أحدهما أن يتقاومانه فان اشتراه الذى دبره كان مدبرا كله وان لم يشتره انتقض التدبير والخيار الثانى أن يقومه عليه الشريك وقال أبو حنيفة للشريك الذى لم يدبر ثلاث خيارات ان شاء استمسك بحصته وان شاء استسعى العبد فى قيمة الحصة التى له فيه وان شاء قومها على شريكه ان كان موسرا وان كان معسرا استسعى العبد وقال الشافعى يجوز التدبير ولا يلزم شئ من هذا كله ويبقى العبد المدبر نصفه أو ثلثه على ماهو عليه فاذا مات مدبره عتق منه ذلك الجزء ولم يقوم الجزء الباقى منه على السيد على مايفعل فى سنة العتق لان المال قد صار لغيره وهم الورثة وهذه المسئلة هى من الاحكام لا من الأركان أعنى أحكام المدبر فلتثبت فى الاحكام وأما المدبر فاتفقوا على أن من شرطه أن يكون مالكا تام الملك غير محجور عليه سواء كان صحيحا أو مريضا وان من شرطه أن لا يكون ممن أحاط الدين بماله لانهم اتفقوا على أن الدين يبطل التدبير واختلفوا فى تدبير السفيه فهذه هى أركان هذا الباب وأما أحكامه فأصولها راجعة الى أجناس خمسة أحدها مماذا يخرج المدبر هل من رأس المال أو الثلث والثانى مايبقى فيه من أحكام الرق مما ليس يبقى فيه أعنى مادام مدبرا والثالث مايتبعه فى الحرية مما ليس يتبعه والرابع مبطلات التدبير الطارئة عليه والخامس فى أحكام تبعيض التدبير

﴿ الجنس الأول ﴾

فأما مماذا يخرج المدبر اذا مات المدبر فان العلماء اختلفوا فى ذلك فذهب الجمهور الى أنه يخرج من الثلث وقالت طائفة هو من رأس المال معظمهم أهل الظاهر فمن رأى انه من الثلث شبهه بالوصية لأنه حكم يقع بعد الموت وقد روى حديث عن النبى صلى الله عليه وسلم أنه قال المدبر من الثلث الا انه أثر ضعيف عند أهل الحديث لأنه رواه علىّ بن ظبيان عن نافع عن عبد الله بن عمر وعلىّ بن ظبيان متروك الحديث عند أهل الحديث ومن رآه من رأس المال شبهه بالشئ يخرجه الانسان من ماله فى حياته فأشبه الهبة واختلف القائلون بانه من الثلث فى فروع وهو اذا دبر الرجل غلاما له فى صحته وأعتق فى مرضه الذى مات منه غلاما آخر فضاق الثلث عن الجمع بينهما فقال مالك يقدم المدبر لأنه كان فى الصحة وقال الشافعى يقدم المعتق المبتل لأنه لا يجوز له رده ومن أصله انه يجوز عنده رد التدبير وهذه المسئلة هى أحق بكتاب الوصايا

﴿ وأما الجنس الثانى ﴾

فأشهر مسئلة فيه هى هل للمدبر ان يبيع المدبر أم لا فقال مالك وأبو حنيفة وجماعة من أهل الكوفة ليس للسيد أن يبيع مدبره وقال الشافعى وأحمد وأهل الظاهر وأبو ثور له أن يرجع فيبيع مدبره وقال الاوزاعى لا يباع الا من رجل يريد عتقه واختلف أبو حنيفة ومالك من هذه المسئلة فى فروع وهو اذا بيع فاعتقه المشترى فقال مالك ينفذ العتق وقال أبو حنيفة والكوفيون البيع مفسوخ سواء أعتقه المشترى أو لم يعتقه وهو أقيس من جهة انه ممنوع عبادة فعمدة من أجاز بيعه ماثبت من حديث جابر أن النبى

صلى الله عليه وسلم باع مدبرا ور بما شبهوه بالوصية وأما عمدة المالكية فعموم قوله تعالى (يا أيها الذين آمنوا أوفوا بالعقود) لانه عتق الى أجل فاشبه أم الولد أو أشبه العتق المطلق فكان سبب الاختلاف ههنا معارضة القياس للنص أو العموم للخصوص ولا خلاف بينهم ان المدبر أحكامه فى حدوده وطلاقه وشهادته وسائر أحكامه أحكام العبيد واختلفوا من هذا الباب فى جواز وطء المدبرة فجمهور العلماء على جواز وطئها وروى عن ابن شهاب منع ذلك وعن الاوزاعى كراهية ذلك اذا لم يكن وطئها قبل التدبير وعمدة الجمهور تشبيهها بأم الولد ومن لم يجز ذلك شبهها بالمعتقة الى أجل ومن منع وطء المعتقة الى أجل شبهها بالمنكوحة الى أجل وهى المتعة واتفقوا على ان للسيد فى المدبر الخدمة ولسيده أن ينتزع ماله منه متى شاء كالحال فى العبد قال مالك الا أن يمرض مرضا مخوفا فيكره له ذلك

﴿ الجنس الثالث ﴾

فأما ما يتبعه فى التدبير مما لا يتبعه فان من مسائلهم المشهورة فى هذا الباب اختلافهم فى ولد المدبرة الذين تلدهم بعد تدبير سيدها من نكاح أو زنا فقال الجمهور ولدها بعد تدبيرها بمنزلتها يعتقون بعتقها ويرقون برقها وقال الشافعى فى قوله المختار عند أصحابه انهم لا يعتقون بعتقها وأجمعوا على انه اذا أعتقها سيدها فى حياته انهم يعتقون بعتقها وعمدة الشافعية انهم اذا لم يعتقوا فى العتق المنجز فأحرى أن لا يعتقوا فى العتق المؤجل بالشرط واحتج أيضا باجماعهم على ان الموصى لها بالعتق لا يدخل فيه بنوها والجمهور رأوا أن التدبير حرمة ما فأوجبوا اتباع الولد تشبيها بالكتابة وقول الجمهور مروى عن عثمان وابن مسعود وابن عمر وقول الشافعى مروى عن عمر بن عبد العزيز وعطاء بن أبى رباح ومكحول وتحصيل مذهب مالك فى هذا ان كل امرأة فولدها تبع لها ان كانت حرة فحر وان كانت مكاتبة فمكاتب وان كانت مدبرة فمدبر أو معتقة الى أجل فمعتق الى أجل وكذلك أم الولد ولدها بمنزلتها وخالف فى ذلك أهل الظاهر وكذلك المعتق بعضه عند مالك وأجمع العلماء على أن كل ولد من تزويج فهو تابع لامه فى الرق والحرية وما بينهم من العقود المفضية الى الحرية الا ما اختلفوا فيه من التدبير ومن أمة زوجها عربى وأجمعوا على أن كل ولد من ملك يمين أنه تابع لأبيه ان حرا فحرا وان عبدا فعبدا وان مكاتبا فمكاتبا واختلفوا فى المدبر اذا تسرى فولد له فقال مالك حكمه حكم الاب يعنى أنه مدبر وقال الشافعى وأبو حنيفة ليس يتبعه ولده فى التدبير وعمدة مالك الاجماع على أن الولد من ملك اليمين تابع للاب ما عدا المدبر وهو من باب قياس موضع الخلاف على موضع الاجماع وعمدة الشافعية أن ولد المدبر مال من ماله ومال المدبر للسيد انتزاعه منه وليس يسلم له انه مال من ماله ويتبعه فى الحرية ماله عند مالك

﴿ الجنس الرابع ﴾

وأما النظر فى تبعيض التدبير فقد قلنا فيمن دبر حظا له فى عبده دون أن يدبر شريكه ونقله الى هذا الموضع أولى فلينقل اليه وأما من دبر جزأ من عبد هو له كله فانه يقضى عليه بتدبير الكل قياسا على من بعض العتق عند مالك

﴿ وأما الجنس الخامس وهو مبطلات التدبير ﴾

فمن هذا الباب اختلافهم فى ابطال الدين للتدبير فقال مالك والشافعى الدين يبطله وقال أبو حنيفة ليس يبطله ويسعى فى الدين وسواء كان الدين مستغرقا للقيمة أو لبعضها ومن هذا الباب اختلافهم فى النصرانى

يدبر عبدا له نصرانيا فيسلم العبد قبل موت سيده فقال الشافعي يباع عليه ساعة يسلم ويبطل تدبيره وقال مالك يحال بينه وبين سيده ويخارج على سيده النصراني ولا يباع عليه حتى يبين أمر سيده فان مات عتق المدبر مالم يكن عليه دين يحيط بماله وقال الكوفيون اذا أسلم مدبر النصراني قوم وسعى العبد فى قيمته ومدبر الصحة يقدم عند مالك على مدبر المرض اذا ضاق الثلث عنهما

﴿ بسم الله الرحمن الرحيم وصلى الله على سيدنا محمد وآله وصحبه وسلم تسليما ﴾

﴿ كتاب أمهات الأولاد ﴾

وأصول هذا الباب النظر فى هل تباع أم الولد أم لا وان كانت لا تباع فمتى تكون أم ولد وبماذا تكون أم ولد ومايبقى فيها لسيدها من أحكام العبودية ومتى تكون حرة ﴿ أما المسئلة الأولى ﴾ فان العلماء اختلفوا فيها سلفهم وخلفهم فالثابت عن عمر رضى الله عنه أنه قضى بأنها لا تباع وانها حرة من رأس مال سيدها اذا مات وروى مثل ذلك عن عثمان وهو قول أكثر التابعين وجمهور فقهاء الأمصار وكان أبو بكر الصديق وعلىّ رضوان الله عليهما وابن عباس وابن الزبير وجابر بن عبد الله وأبو سعيد الخدرى يجيزون بيع أم الولد وبه قالت الظاهرية من فقهاء الأمصار وقال جابر وأبو سعيد كنا نبيع أمهات الأولاد والنبى عليه الصلاة والسلام فينا لايرى بذلك بأسا واحتجوا بما روى عن جابر أنه قال كنا نبيع أمهات الأولاد على عهد رسول الله صلى الله عليه وسلم وأبى بكر وصدر من خلافة عمر ثم نهانا عمر عن بيعهنّ ومما اعتمد عليه أهل الظاهر فى هذه المسئلة النوع من الاستدلال الذى يعرف باستصحاب حال الاجماع وذلك انهم قالوا لما انعقد الاجماع على أنها مملوكة قبل الولادة وجب أن تكون كذلك بعد الولادة الى أن يدل الدليل على غير ذلك وقد تبين فى كتب الأصول قوة هذا الاستدلال وأنه لا يصح عند من يقول بالقياس وانما يكون ذلك دليلا بحسب رأى من ينكر القياس وربما احتج الجمهور عليهم بمثل احتجاجهم وهو الذى يعرفونه بمقابلة الدعوى بالدعوى وذلك انهم يقولون أليس تعرفون أن الاجماع قد انعقد على منع بيعها فى حال حملها فاذا كان ذلك وجب أن يستصحب حال هذا الاجماع بعد وضع الحمل الا أن المتأخرين من أهل الظاهر أحدثوا فى هذا الأصل نقضا وذلك انهم لا يسلمون منع بيعها حاملا ومما اعتمده الجمهور فى هذا الباب من الأثر ماروى عنه عليه الصلاة والسلام أنه قال فى مارية سريته لما ولدت ابراهيم أعتقها ولدها ومن ذلك حديث ابن عباس عن النبى صلى الله عليه وسلم أنه قال أيما امرأة ولدت من سيدها فانها حرة اذا مات وكلا الحديثين لا يثبت عند أهل الحديث حكى ذلك أبو عمر بن عبد البر رحمه الله وهو من أهل هذا الشأن وربما قالوا أيضا من طريق المعنى انها قد وجبت لها حرمة وهو اتصال الولد بها وكونه بعضا منها وحكوا هذا التعليل عن عمر رضى الله عنه حين رأى أن لا يبعن فقال خالطت لحومنا لحومهن ودماؤنا دماءهن ❊ وأما متى تكون أم ولد فانهم اتفقوا على أنها تكون أم ولد اذا ملكها قبل حملها منه واختلفوا اذا ملكها وهى حامل منه أو بعد ان ولدت منه فقال مالك لا تكون أم ولد اذا ولدت منه قبل أن يملكها ثم ملكها وولدها وقال أبو حنيفة تكون أم ولد واختلف قول مالك اذا ملكها وهى حامل والقياس أن تكون أم ولد فى جميع الاحوال اذ كان ليس من مكارم الأخلاق أن يبيع المرء أم ولده وقد قال عليه الصلاة والسلام بعثت لأتمم مكارم الأخلاق وأما بماذا تكون أم ولد

فان مالكا قال كل ما وضعت مما يعلم أنه ولد كانت مضغة أو علقة وقال الشافعى لابد أن يؤثر فى ذلك شئ مثل الخلقة والتخطيط واختلافهم راجع الى ماينطلق عليه اسم الولادة أو ما يتحقق أنه مولود وأما ما يبقى فيها من أحكام العبودية فانهم اتفقوا على أنها فى شهادتها وحدودها وديتها وأرش جراحها كالأمة وجمهور من منع بيعها ليس يرون ههنا سببا طارئا عليها يوجب بيعها الا ما روى عن عمر بن الخطاب انها اذا زنت رقت واختلف قول مالك والشافعى هل لسيدها استخدامها طول حياته واغتلاله اياها فقال مالك ليس له ذلك وانما له فيها الوطء فقط وقال الشافعى له ذلك وعمدة مالك انه لما لم يملك رقبتها بالبيع لم يملك اجارتها الا أنه يرى ان اجارة بنيها من غيره جائزة لأن حرمتهم عنده أضعف وعمدة الشافعى انعقاد الاجماع على أنه يجوز له وطؤها فسبب الخلاف تردد اجارتها بين أصلين أحدهما وطؤها والثانى بيعها فيجب أن يرجح أقوى الأصلين شبها وأما متى تكون حرة فانه لا خلاف بينهم ان آن ذلك الوقت هو اذا مات السيد ولا أعلم الآن أحدا قال تعتق من الثلث وقياسها على المدبر ضعيف على قول من يقول ان المدبر يعتق من الثلث

﴿ بسم الله الرحمن الرحيم وصلى الله على سيدنا محمد وآله وصحبه وسلم تسليما ﴾

﴿ كتاب الجنايات ﴾

والجنايات التى لها حدود مشروعة أربع جنايات على الأبدان والنفوس والأعضاء وهو المسمى قتلا وجرحا وجنايات على الفروج وهو المسمى زنا وسفاحا وجنايات على الأموال وهذه ما كان منها مأخوذا بحرب سمى حرابة اذا كان بغير تأويل وان كان بتأويل سمى بغيا وما أخوذا على وجه المغافصة من حرز يسمى سرقة وما كان منها بعلو مرتبة وقوة سلطان سمى غصبا وجنايات على الأعراض وهو المسمى قذفا وجنايات بالتعدى على استباحة ما حرمه الشرع من المأكول والمشروب وهذه انما يوجد فيها حد فى هذه الشريعة فى الخمر فقط وهو حد متفق عليه بعد صاحب الشرع صلوات الله عليه فلنبتدئ منها بالحدود التى فى الدماء فنقول ان الواجب فى اتلاف النفوس والجوارح هو اما قصاص واما مال وهو الذى يسمى الدية فاذا النظر أولا فى هذا الكتاب ينقسم الى قسمين النظر فى القصاص والنظر فى الدية والنظر فى القصاص ينقسم الى القصاص فى النفوس والى القصاص فى الجوارح والنظر أيضا فى الديات ينقسم الى النظر فى ديات النفوس والى النظر فى ديات قطع الجوارح والجراح فينقسم أولا هذا الكتاب الى كتابين أولهما يرسم عليه كتاب القصاص والثانى يرسم عليه كتاب الديات

﴿ كتاب القصاص ﴾

وهذا الكتاب ينقسم الى قسمين الأول النظر فى القصاص فى النفوس والثانى النظر فى القصاص فى الجوارح فلنبدأ من القصاص فى النفوس

﴿ كتاب القصاص فى النفوس ﴾

والنظر أولا فى هذا الكتاب ينقسم الى قسمين الى النظر فى الموجب أعنى الموجب للقصاص والى النظر فى الواجب أعنى القصاص وفى ابداله ان كان له بدل فلنبدأ أولا بالنظر فى الموجب والنظر فى الموجب يرجع الى النظر فى صفة القتل والقاتل التى يجب بمجموعها والمقتول القصاص فانه ليس أى قاتل اتفق يقتص منه ولا أى قتل اتفق ولا من أى مقتول اتفق بل من قاتل محدود و بقتل محدود ومقتول محدود اذ كان

المطلوب فى هذا الباب انما هو العدل فلنبدأ من النظر فى القاتل ثم فى القتل ثم فى المقتول

﴿ القول فى شروط القاتل ﴾

فنقول انهم اتفقوا على أن القاتل الذى يقاد منه يشترط فيه باتفاق أن يكون عاقلا بالغا مختارا للقتل مباشرا غير مشارك له فيه غيره واختلفوا فى المكره والمكره وبالجملة الآمر والمباشر فقال مالك والشافعى والثورى وأحمد وأبو ثور وجماعة القتل على المباشر دون الآمر ويعاقب الآمر وقالت طائفة يقتلان جميعا وهذا اذا لم يكن هنالك اكراه ولا سلطان للآمر على المأمور وأما اذا كان للآمر سلطان على المأمور أعنى المباشر فانهم اختلفوا فى ذلك على ثلاثة أقوال فقال قوم يقتل الآمر دون المأمور ويعاقب المأمور وبه قال داود وأبو حنيفة وهو أحد قولى الشافعى وقال قوم يقتل المأمور دون الآمر وهو أحد قولى الشافعى وقال قوم يقتلان جميعا وبه قال مالك فمن لم يوجب حدا على المأمور اعتبر تأثير الاكراه فى اسقاط كثير من الواجبات فى الشرع لكون المكره يشبه من لا اختيار له ومن رأى عليه القتل غلب عليه حكم الاختيار وذلك ان المكره يشبه من جهة المختار ويشبه من جهة المضطر المغلوب مثل الذى يسقط من علو والذى تحمله الريح من موضع الى موضع ومن رأى قتلهم جميعا لم يعذر المأمور بالاكراه ولا الآمر بعدم المباشرة ومن رأى قتل الآمر فقط شبه المأمور بالآلة التى لا تنطق ومن رأى الحد على غير المباشر اعتمد أنه ليس ينطلق عليه اسم قاتل الا بالاستعارة وقد اعتمدت المالكية فى قتل المكره على القتل بالقتل باجماعهم على انه لو أشرف على الهلاك من مخمصة لم يكن له أن يقتل انسانا فيأكله وأما المشارك للقاتل عمدا فى القتل فقد يكون القتل عمدا وخطأ وقد يكون القاتل مكلفا وغير مكلف وسنذكر العمد عند قتل الجماعة بالواحد وأما اذا اشترك فى القتل عامد ومخطئ أو مكلف وغير مكلف مثل عامد وصبى أو مجنون أو حر وعبد فى قتل عبد عند من لا يقيد من الحر بالعبد فان العلماء اختلفوا فى ذلك فقال مالك والشافعى على العامد القصاص وعلى المخطئ والصبى نصف الدية الا أن مالكا يجعله على العاقلة والشافعى فى ماله على ما يأتى وكذلك قالا فى الحر والعبد يقتلان العبد عمدا ان العبد يقتل وعلى الحر نصف القيمة وكذلك الحال فى المسلم والذمى يقتلان جميعا وقال أبو حنيفة اذا اشترك من يجب عليه القصاص مع من لا يجب عليه القصاص فلا قصاص على واحد منهما وعليهما الدية وعمدة الحنفية ان هذه شبهة فان القتل لا يتبعض وممكن أن تكون افاتة نفسه من فعل الذى لا قصاص عليه كامكان ذلك ممن عليه القصاص وقد قال عليه الصلاة والسلام ادرؤا الحدود بالشبهات واذا لم يكن الدم وجب بدله وهو الدية وعمدة الفريق الثانى النظر الى المصلحة التى تقتضى التغليظ لحوطة الدماء فكأن كل واحد منهما انفرد بالقتل فله حكم نفسه وفيه ضعف فى القياس * وأما صفة الذى يجب به القصاص فاتفقوا على أنه العمد وذلك انهم أجمعوا على أن القتل صنفان عمد وخطأ واختلفوا فى هل بينهما وسط أم لا وهو الذى يسمونه شبه العمد فقال به جمهور فقهاء الأمصار والمشهور عن مالك نفيه الا فى الابن مع أبيه وقد قيل انه يتخرج عنه فى ذلك رواية أخرى وباثباته قال عمر بن الخطاب وعلى وعثمان وزيد بن ثابت وأبو موسى الاشعرى والمغيرة ولا مخالف لهم من الصحابة والذين قالوا به فرقوا فيما هو شبه العمد مما ليس بعمد وذلك راجع فى الاغلب الى الآلات التى بها يقع القتل والى الاحوال التى كان من أجلها الضرب فقال أبو حنيفة كل ما عدا الحديد

من القضب أو النار ومايشبه ذلك فهو شبه العمد وقال أبو يوسف ومحمد شبه العمد مالا يقتل مثله وقال الشافعي شبه العمد ما كان عمدا في الضرب خطأ في القتل أي ما كان ضربا لم يقصد به القتل فتولد عنه القتل والخطأ ما كان خطأ فيهما جميعا والعمد ما كان عمدا فيهما جميعا وهو حسن فعمدة من نفى شبه العمد انه لا واسطة بين الخطأ والعمد أعني بين أن يقصد القتل أو لا يقصده وعمدة من أثبت الوسط ان النيات لا يطلع عليها الا الله تبارك وتعالى وانما الحكم بما ظهر فمن قصد ضرب آخر بآلة تقتل غالبا كان حكمه حكم الغالب أعني حكم من قصد القتل فقتل بلا خلاف ومن قصد ضرب رجل بعينه بآلة لا تقتل غالبا كان حكمه مترددا بين العمد والخطأ هذا في حقنا لا في حق الآمر في نفسه عند الله تعالى أما شبهه للعمد فمن جهة ما قصد ضربه وأما شبهه للخطأ فمن جهة انه ضرب بما لا يقصد به القتل وقد روى حديث مرفوع الى النبي صلى الله عليه وسلم أنه قال ألا ان قتل الخطأ شبه العمد ما كان بالسوط والعصا والحجر ديته مغلظة مائة من الابل منها أربعون في بطونها أولادها الا أنه حديث مضطرب عند أهل الحديث لا يثبت من جهة الاسناد فيما ذكره أبو عمر بن عبد البر وان كان أبو داود وغيره قد خرجه فهذا النحو من القتل عند من لا يثبته يجب به القصاص وعند من أثبته تجب به الدية ولا خلاف في مذهب مالك ان الضرب يكون على وجه الغضب والنائرة يجب به القصاص واختلف في الذي يكون عمدا على جهة اللعب أو على جهة الأدب لمن أبيح له الأدب وأما الشرط الذي يجب به القصاص في المقتول فهو أن يكون مكافئا لدم القاتل والذي به تختلف النفوس هو الاسلام والكفر والحرية والعبودية والذكورية والأنوثية والواحد والكثير واتفقوا على أن المقتول اذا كان مكافئا للقاتل في هذه الأربعة انه يجب القصاص واختلفوا في هذه الأربعة اذا لم تجتمع أما الحر اذا قتل العبد عمدا فان العلماء اختلفوا فيه فقال مالك والشافعي والليث وأحمد وأبو ثور لا يقتل الحر بالعبد وقال أبو حنيفة وأصحابه يقتل الحر بالعبد الا عبد نفسه وقال قوم يقتل الحر بالعبد سواء كان عبد القاتل أو عبد غير القاتل وبه قال النخعي فمن قال لا يقتل الحر بالعبد احتج بدليل الخطاب المفهوم من قوله تعالى (كتب عليكم القصاص في القتلى الحر بالحر والعبد بالعبد) ومن قال يقتل الحر بالعبد احتج بقوله عليه الصلاة والسلام المسلمون تتكافأ دماؤهم ويسعى بذمتهم أدناهم وهم يد على من سواهم فسبب الخلاف معارضة العموم لدليل الخطاب ومن فرق فضعيف ولا خلاف بينهم ان العبد يقتل بالحر وكذلك الأنقص بالأعلى ومن الحجة أيضا لمن قال يقتل الحر بالعبد ما رواه الحسن عن سمرة أن النبي صلى الله عليه وسلم قال من قتل عبده قتلناه به ومن طريق المعنى قالوا ولما كان قتله محرما كقتل الحر وجب أن يكون القصاص فيه كالقصاص في الحر وأما قتل المؤمن بالكافر الذمي فاختلف العلماء في ذلك على ثلاثة أقوال فقال قوم لا يقتل مؤمن بكافر وممن قال به الشافعي والثوري وأحمد وداود وجماعة وقال قوم يقتل به وممن قال بذلك أبو حنيفة وأصحابه وابن أبي ليلى وقال مالك والليث لا يقتل به الا أن يقتله غيلة وقتل الغيلة أن يضجعه فيذبحه وبخاصة على ماله فعمدة الفريق الأول ما روى من حديث علي انه سأله قيس بن عبادة والأشتر هل عهد اليه رسول الله صلى الله عليه وسلم عهدا لم يعهده الى الناس قال لا الا ما في كتابي هذا وأخرج كتابا من قراب سيفه فاذا فيه المؤمنون تتكافأ دماؤهم ويسعى بذمتهم أدناهم وهم يد على من سواهم ألا لا يقتل مؤمن بكافر ولا ذو عهد في عهده من أحدث حدثا

أو آوى محدثا فعليه لعنة الله والملائكة والناس أجمعين خرجه أبو داود وروى أيضا عن عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده أن النبي صلى الله عليه وسلم قال لا يقتل مؤمن بكافر واحتجوا فى ذلك باجماعهم على أنه لا يقتل مسلم بالحربى الذى أمن وأما أصحاب أبى حنيفة فاعتمدوا فى ذلك آثارا منها حديث يرويه ربيعة ابن أبى عبد الرحمن عن عبد الرحمن السلمانى قال قتل رسول الله صلى الله عليه وسلم رجلا من أهل القبلة برجل من أهل الذمة وقال أنا أحق من وفى بعهده ورووا ذلك عن عمر قالوا وهذا مخصص لعموم قوله عليه الصلاة والسلام لا يقتل مؤمن بكافر أى انه أريد به الكافر الحربى دون الكافر المعاهد وضعف أهل الحديث حديث عبد الرحمن السلمانى وما رووا من ذلك عن عمر واما من طريق القياس فانهم اعتمدوا على اجماع المسلمين فى أن يد المسلم تقطع اذا سرق من مال الذمى قالوا فاذا كانت حرمة ماله كحرمة مال المسلم فحرمة دمه كحرمة دمه فسبب الخلاف تعارض الآثار والقياس واما قتل الجماعة بالواحد فان جمهور فقهاء الأمصار قالوا تقتل الجماعة بالواحد منهم مالك وأبو حنيفة والشافعى والثورى وأحمد وأبو ثور وغيرهم سواء كثرت الجماعة أو قلت وبه قال عمر حتى روى أنه قال لو تمالأ عليه أهل صنعاء لقتلتهم جميعا وقال داود وأهل الظاهر لا تقتل الجماعة بالواحد وهو قول ابن الزبير وبه قال الزهرى وروى عن جابر وكذلك عند هذه الطائفة لا تقطع أيد بيد أعنى اذا اشترك اثنان فما فوق ذلك فى قطع يد وقال مالك والشافعى تقطع الأيدى باليد وفرقت الحنفية بين النفس والاطراف فقالوا تقتل الأنفس بالنفس ولا يقطع بالطرف الا طرف واحد وسيأتى هذا فى باب القصاص من الأعضاء فعمدة من قتل بالواحد الجماعة النظر الى المصلحة فانه مفهوم ان القتل انما شرع لنفى القتل كما نبه عليه الكتاب فى قوله تعالى (ولكم فى القصاص حياة يا أولى الألباب) واذا كان ذلك كذلك فلو لم تقتل الجماعة بالواحد لتذرع الناس الى القتل بأن يتعمدوا قتل الواحد بالجماعة لكن للمعترض أن يقول ان هذا انما كان يلزم لو لم يقتل من الجماعة أحد فأما ان قتل منهم واحد وهو الذى من قتله يظن اتلاف النفس غالبا على الظن فليس يلزم أن يبطل الحد حتى يكون سببا للتسليط على اذهاب النفوس وعمدة من قتل الواحد بالواحد قوله تعالى (وكتبنا عليهم فيها أن النفس بالنفس والعين بالعين) وأما قتل الذكر بالأنثى فان ابن المنذر وغيره ممن ذكر الخلاف حكى انه اجماع الا ما حكى عن على من الصحابة وعن عثمان البتى أنه اذا قتل الرجل بالمرأة كان على أولياء المرأة نصف الدية وحكى القاضى أبو الوليد الباجى فى المنتقى عن الحسن البصرى أنه لا يقتل الذكر بالانثى وحكاه الخطابى فى معالم السنن وهو شاذ ولكن دليله قوى لقوله تعالى (والأنثى بالأنثى) وان كان يعارض دليل الخطاب ههنا العموم الذى فى قوله تعالى (وكتبنا عليهم فيها أن النفس بالنفس) لكن يدخله ان هذا الخطاب وارد فى غير شريعتنا وهى مسئلة مختلف فيها أعنى هل شرع من قبلنا شرع لنا أم لا والاعتماد فى قتل الرجل بالمرأة هو النظر الى المصلحة العامة واختلفوا من هذا الباب فى الأب والابن فقال مالك لا يقاد الأب بالابن الا أن يضجعه فيذبحه فأما ان حذفه بسيف أو عصا فقتله لم يقتل وكذلك الجد عنده مع حفيده وقال أبو حنيفة والشافعى والثورى لا يقاد الوالد بولده ولا الجد بحفيده اذا قتله بأى وجه كان من أوجه العمد وبه قال جمهور العلماء وعمدتهم حديث ابن عباس أن النبى عليه

الصلاة والسلام قال لاتقام الحدود فى المساجد ولا يقاد بالولد الوالد وعمدة مالك عموم القصاص بين المسلمين وسبب اختلافهم مارووه عن يحيى بن سعيد عن عمرو بن شعيب أن رجلا من بنى مدلج يقال له قتادة حذف ابنا له بالسيف فاصاب ساقه فنزى جرحه فمات فقدم سراقة بن جعسم على عمر بن الخطاب فذكر ذلك له فقال له عمر اعدد على ماء قديد عشرين ومائة بعير حتى أقدم عليك فلما قدم عليه عمر أخذ من تلك الابل ثلاثين حقة وثلاثين جذعة وأربعين خلفة ثم قال أين أخو المقتول فقال ها أناذا قال خذها فان رسول الله صلى الله عليه وسلم قال ليس لقاتل شئ فان مالكا حمل هذا الحديث على أنه لم يكن عمدا محضا وأثبت منه شبه العمد فيما بين الابن والأب وأما الجمهور فحملوه على ظاهره من أنه عمد لاجماعهم ان من حذف آخر بسيف فقتله فهو عمد وأما مالك فرأى لما للاب من التسلط على تأديب ابنه ومن المحبة له ان حمل القتل الذى يكون فى أمثال هذه الأحوال على أنه ليس بعمد ولم يتهمه اذ كان ليس بقتل غيلة فانما يحمل فاعله على انه قصد القتل من جهة غلبة الظن وقوّة التهمة اذ كانت النيات لايطلع عليها الا الله تعالى فمالك لم يتهم الأب حيث اتهم الأجنبى لقوّة المحبة التى بين الأب والابن والجمهور انما عللوا درء الحد عن الأب لمكان حقه على الابن والذى يجىء على أصول أهل الظاهر أن يقاد فهذا هو القول فى الموجب

﴿ وأما القول فى الموجب ﴾

فاتفقوا على أن لولى الدم أحد شيئين القصاص أو العفو اما على الدية واما على غير الدية واختلفوا هل الانتقال من القصاص الى العفو على أخذ الدية هو حق واجب لولى الدم دون أن يكون فى ذلك خيار للمقتص منه أم لاتثبت الدية الا بتراضى الفريقين أعنى الولى والقاتل وانه اذا لم يرد المقتص منه أن يؤدى الدية لم يكن لولى الدم الا القصاص مطلقا أو العفو فقال مالك لايجب للولى الا أن يقتص أو يعفو عن غير دية الا أن يرضى باعطاء الدية القاتل وهى رواية ابن القاسم عنه وبه قال أبو حنيفة والثورى والأوزاعى وجماعة وقال الشافعى وأحمد وأبو ثور وداود وأكثر فقهاء المدينة من أصحاب مالك وغيره ولى الدم بالخيار ان شاء اقتص وان شاء أخذ الدية رضى القاتل أو لم يرض وروى ذلك أشهب عن مالك الا أن المشهور عنه هى الرواية الأولى فعمدة مالك فى الرواية المشهورة حديث أنس بن مالك فى قصة سنّ الربيع أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال كتاب الله القصاص فعلم بدليل الخطاب أنه ليس له الا القصاص وعمدة الفريق الثانى حديث أبى هريرة الثابت من قتل له قتيل فهو بخير النظرين بين أن يأخذ الدية وبين أن يعفو هما حديثان متفق على صحتهما لكن الأوّل ضعيف الدلالة فى أنه ليس له الا القصاص والثانى نص فى ان له الخيار والجمع بينهما يمكن اذا رفع دليل الخطاب من ذلك فان كان الجمع واجبا وممكنا فالمصير الى الحديث الثانى واجب والجمهور على أن الجمع واجب اذا أمكن وانه أولى من الترجيح وأيضا فان الله عز وجل يقول (ولا تقتلوا أنفسكم) واذا عرض على المكلف فداء نفسه بمال فواجب عليه أن يفديها أصله اذا وجد الطعام فى مخمصة بقيمة مثله وعنده مايشتريه به أعنى أنه يقضى عليه بشرائه فكيف بشراء نفسه ويلزم على هذه الرواية اذا كان للمقتول أولياء صغار وكبار أن يؤخر القتل الى أن يكبر الصغار فيكون لهم الخيار ولا سيما اذا كان الصغار يحجبون الكبار مثل البنين مع الاخوة قال القاضى وقد كانت وقعت هذه المسئلة بقرطبة حياة جدى رحمه الله فافتى أهل زمانه بالرواية المشهورة وهو أن لاينتظر الصغير فأفتى هو رحمه الله بانتظاره على القياس

فشنع أهل زمانه ذلك عليه لما كانوا عليه من شدة التقليد حتى اضطر ان يضع فى ذلك قولا يتصرف فى هذا المذهب وهو موجود بأيدى الناس والنظر فى هذا الباب هو فى قسمين فى العفو والقصاص والنظر فى العفو فى شيئين أحدهما فيمن له العفو ممن ليس له وترتيب أهل الدم فى ذلك وهل يكون له العفو على الدية أم لا وقد تكلمنا فى هل له العفو على الدية وأما من لهم العفو بالجملة فهم الذين لهم القيام بالدم والذين لهم القيام بالدم هم العصبة عند مالك وعند غيره كل من يرث وذلك انهم أجمعوا على أن المقتول عمدا اذا كان له بنون بالغون فعفا أحدهم ان القصاص قد بطل ووجبت الدية واختلفوا فى اختلاف البنات مع البنين فى العفو أو فى القصاص وكذلك الزوجة أو الزوج والاخوات فقال مالك ليس للبنات ولا الاخوات قول مع البنين والاخوة فى القصاص أو ضده ولا يعتبر قولهن مع الرجال وكذلك الأمر فى الزوجة والزوج وقال أبو حنيفة والثورى وأحمد والشافعى كل وارث يعتبر قوله فى اسقاط القصاص وفى اسقاط حظه من الدية وفى الأخذ به قال الشافعى الغائب منهم والحاضر والصغير والكبير سواء وعمدة هؤلاء اعتبارهم الدم بالدية وعمدة الفريق الأول ان الولاية انما هى للذكران دون الاناث واختلف العلماء فى المقتول عمدا اذا عفا عن دمه قبل أن يموت هل ذلك جائز على الاولياء وكذلك فى المقتول خطأ اذا عفا عن الدية فقال قوم اذا عفا المقتول عن دمه فى العمد مضى ذلك وممن قال بذلك مالك وأبو حنيفة والاوزاعى وهذا أحد قولى الشافعى وقالت طائفة أخرى لا يلزم عفوه وللاولياء القصاص أو العفو وممن قال به أبو ثور وداود وهو قول الشافعى بالعراق وعمدة هذه الطائفة ان الله خير الولى فى ثلاث اما العفو واما القصاص واما الدية وذلك عام فى كل مقتول سواء عفا عن دمه قبل الموت أو لم يعف وعمدة الجمهور أن الشئ الذى جعل للولى انما هو حق المقتول فناب فيه منابه وأقيم مقامه فكان المقتول أحق بالخيار من الذى أقيم مقامه بعد موته وقد أجمع العلماء على أن قوله تعالى فمن تصدق به فهو كفارة له أن المراد بالمتصدق ههنا هو المقتول يتصدق بدمه وانما اختلفوا على من يعود الضمير فى قوله فهو كفارة له فقيل على القاتل لمن رأى له توبة وقيل على المقتول من ذنوبه وخطاياه وأما اختلافهم فى عفو المقتول خطأ عن الدية فقال مالك والشافعى وأبو حنيفة وجمهور فقهاء الأمصار ان عفوه من ذلك فى ثلثه الا أن يجيزه الورثة وقال قوم يجوز فى جميع ماله وممن قال به طاوس والحسن وعمدة الجمهور انه واهب مالا له بعد موته فلم يجز الا فى الثلث أصله الوصية وعمدة الفرقة الثانية انه اذا كان له أن يعفو عن الدم فهو أحرى أن يعفو عن المال وهذه المسئلة هى أخص بكتاب الديات واختلف العلماء اذا عفا المجروح عن الجراحات فمات منها هل للاولياء أن يطالبوا بدمه أم لا فقال مالك لهم ذلك الا أن تقول عفوت عن الجراحات وعما تؤول اليه وقال أبو يوسف ومحمد اذا عفا عن الجراحة ومات فلا حق لهم والعفو عن الجراحات عفو عن الدم وقال قوم بل تلزمهم الدية اذا عفا عن الجراحات مطلقا وهؤلاء اختلفوا فمنهم من قال تلزم الجارح الدية كلها واختاره المزنى من أقوال الشافعى ومنهم من قال يلزم من الدية ما بقى منها بعد اسقاط دية الجرح الذى عفا عنه وهو قول الثورى وأما من يرى أنه لا يعفو عن الدم فليس يتصور معه خلاف فى أنه لا يسقط ذلك طلب الولى الدية لانه اذا كان عفوه عن الدم لا يسقط حق الولى فأحرى أن لا يسقط عفوه عن الجرح واختلفوا فى القاتل عمدا يعفى عنه هل يبقى للسلطان فيه حق أم لا فقال

مالك والليث انه يجلد مائة و يسجن سنة وبه قال أهل المدينة وروى ذلك عن عمر وقالت طائفة الشافعى وأحمد واسحق وأبو ثور لا يجب عليه ذلك وقال أبو ثور الا ان يكون يعرف بالشر فيؤدبه الامام على قدر ما يرى ولا عمدة للطائفة الأولى الا أثر ضعيف وعمدة الطائفة الثانية ظاهر الشرع وأن التحديد فى ذلك لا يكون الا بتوقيف ولا توقيف ثابت فى ذلك

﴿ القول فى القصاص ﴾

والنظر فى القصاص هو فى صفة القصاص وممن يكون ومتى يكون فاما صفة القصاص فى النفس فان العلماء اختلفوا فى ذلك فنهم من قال يقتص من القاتل على الصفة التى قتل فمن قتل تغريقا قتل تغريقا ومن قتل بضرب بحجر قتل بمثل ذلك وبه قال مالك والشافعى قالوا الا أن يطول تعذيبه بذلك فيكون السيف له أروح واختلف أصحاب مالك فيمن حرق آخر هل يحرق مع موافقتهم لمالك فى احتذاء صورة القتل وكذلك فيمن قتل بالسهم وقال أبو حنيفة وأصحابه باى وجه قتله لم يقتل الا بالسيف وعمدتهم ماروى الحسن عن النبى صلى الله عليه وسلم انه قال لا قود الا بحديدة وعمدة الفريق الأول حديث أنس أن يهوديا رضخ رأس امرأة بحجر فرضخ النبى صلى الله عليه وسلم رأسه بحجر أو قال بين حجرين وقوله (كتب عليكم القصاص فى القتلى) والقصاص يقتضى المماثلة وأما ممن يكون القصاص فالظاهر انه يكون من ولى الدم وقد قيل انه لا يمكن منه لمكان العداوة مخافة أن يجور فيه وأما متى يكون القصاص فبعد ثبوت موجباته والاعذار الى القاتل فى ذلك ان لم يكن مقرا واختلفوا هل من شرط القصاص أن لا يكون الموضع الحرم وأجمعوا على أن الحامل اذا قتلت عمدا انه لا يقاد منها حتى تضع حملها واختلفوا فى القاتل بالسم والجمهور على وجوب القصاص وقال بعض أهل الظاهر لا يقتص منه من أجل انه عليه السلام سم هو وأصحابه فلم يتعرض لمن سمه كمل كتاب القصاص فى النفس

﴿ بسم الله الرحمن الرحيم وصلى الله على سيدنا محمد وآله وصحبه وسلم تسليما ﴾

﴿ كتاب الجراح ﴾

والجراح صنفان منها ما فيه القصاص أو الدية أو العفو ومنها ما فيه الدية أو العفو ولنبدأ بما فيه القصاص والنظر أيضا هاهنا فى شروط الجارح والجرح الذى به يحق القصاص والمجروح وفى الحكم الواجب الذى هو القصاص وفى بدله ان كان له بدل

﴿ القول فى الجارح ﴾

ويشترط فى الجارح ان يكون مكلفا كما يشترط ذلك فى القاتل وهو ان يكون بالغا عاقلا والبلوغ يكون بالاحتلام والسن بلا خلاف وان كان الخلاف فى مقداره فاقصاه ثمانية عشر سنة وأقله خمسة عشر سنة وبه قال الشافعى ولا خلاف أن الواحد اذا قطع عضو انسان واحد اقتص منه اذا كان مما فيه القصاص واختلفوا اذا قطعت جماعة عضوا واحدا فقال أهل الظاهر لا تقطع يدان فى يد وقال مالك والشافعى تقطع الايدى باليد الواحدة كما تقتل عندهم الانفس بالنفس الواحدة وفرقت الحنفية بين النفس والاطراف فقالوا لا تقطع أعضاء بعضو وتقتل أنفس بنفس وعندهم ان الاطراف تتبعض وازهاق النفس لا يتبعض واختلف فى الانبات فقال الشافعى هو بلوغ باطلاق واختلف المذهب فيه

فى الحدود هل هو بلوغ فيها أم لا والأصل فى هذا كله حديث بنى قريظة أنه صلى الله عليه وسلم قتل منهم من أنبت وجرت عليه المواسى كما أن الأصل فى السن حديث ابن عمر أنه عرضه يوم الخندق وهو ابن أربع عشرة سنة فلم يقبله وقبله يوم أحد وهو ابن خمس عشرة سنة

﴿ القول فى المجروح ﴾

وأما المجروح فانه يشترط فيه أن يكون دمه مكافئا لدم الجارح والذى يؤثر فى التكافؤ العبودية والكفر أما العبد والحر فانهم اختلفوا فى وقوع القصاص بينهما فى الجرح كاختلافهم فى النفس فمنهم من رأى أنه لا يقتص من الحر للعبد ويقتص للحر من العبد كالحال فى النفس ومنهم من رأى أنه يقتص لكل واحد منهما من كل واحد ولم نفرق بين الجرح والنفس ومنهم من فرق فقال يقتص من الأعلى للادنى فى النفس والجرح ومنهم من قال يقتص من النفس دون الجرح وعن مالك الروايتان والصواب كما يقتص من النفس ان يقتص من الجرح فهذه هى حال العبيد مع الأحرار وأما حال العبيد بعضهم مع بعض فان للعلماء فيهم ثلاثة أقوال أحدها أن القصاص بينهم فى النفس ومادونها وهو قول الشافعى وجماعة وهو مروى عن عمر بن الخطاب وهو قول مالك والقول الثانى انه لا قصاص بينهم لا فى النفس ولا فى الجرح وانهم كالبهائم وهو قول الحسن وابن شبرمة وجماعة والثالث أن القصاص بينهم فى النفس دون مادونها وبه قال أبو حنيفة والثورى وروى ذلك عن ابن مسعود وعمدة الفريق الأول قوله تعالى (والعبد بالعبد) وعمدة الحنفية ماروى عن عمران بن الحصين أن عبد القوم فقراء فقطع أذن عبد لقوم أغنياء فأتوا رسول الله صلى الله عليه وسلم فلم يقتص منه فهذا هو حكم النفس

﴿ القول فى الجرح ﴾

وأما الجرح فانه يشترط فيه ان يكون على وجه العمد أعنى الجرح الذى يجب فيه القصاص والجرح لا يخلو ان يكون بتلف جارحة من جوارح المجروح أو لا يتلف فان كان مما يتلف جارحة فالعمد فيه هو ان يقصد ضربه على وجه الغضب بما يجرح غالبا وأما ان جرحه على وجه اللعب أو بما لا يجرح به غالبا أو على وجه الأدب فيشبه ان يكون فيه الخلاف الذى يقع فى القتل الذى يتولد عن الضرب فى اللعب والأدب بما لا يقتل غالبا فان أبا حنيفة يعتبر الآلة حتى يقول ان القاتل بالمثقل لا يقتل وهو شذوذ منه أعنى بالخلاف هل فيه القصاص أو الدية ان كان الجرح مما فيه الدية وأما ان كان الجرح قد أتلف جارحة من جوارح المجروح فمن شرط القصاص فيه العمد أيضا بلا خلاف وفى تمييز العمد منه من غير العمد خلاف أما اذا ضربه على العضو نفسه فقطعه وضربه بآلة تقطع العضو غالبا أو ضربه على وجه النائرة فلا خلاف ان فيه القصاص وأما ان ضربه بلطمة أو سوط أو ما أشبه ذلك مما الظاهر منه انه لم يقصد اتلاف العضو مثل ان يلطمه فيفقأ عينه فالذى عليه الجمهور انه شبه العمد ولا قصاص فيه وفيه الدية مغلظة فى ماله وهى رواية العراقيين عن مالك والمشهور فى المذهب أن ذلك عمد وفيه القصاص الا فى الأب مع ابنه وذهب أبو حنيفة وأبو يوسف ومحمد الى أن شبه العمد انما هو فى النفس لا فى الجرح وأما ان جرحه فأتلف عضوا على وجه اللعب ففيه قولان أحدهما وجوب القصاص والثانى نفيه وما يجب على هذين القولين ففيه القولان قيل الدية مغلظة وقيل دية الخطأ أعنى فيما فيه دية وكذلك اذا كان على وجه الادب ففيه

الخلاف وأما مايجب فى جراح العمد اذا وقعت على الشروط التى ذكرنا فهو القصاص لقوله تعالى (والجروح قصاص) وذلك فيما أمكن القصاص فيه منها وفيما وجد منه محل القصاص ولم يخش منه تلف النفس وانما صار والهذا المارى أن رسول الله صلى الله عليه وسلم رفع القود فى المأمومة والمنقلة والجائفة فرأى مالك ومن قال بقوله ان هذا حكم ما كان فى معنى هذه من الجراح التى هى متالف مثل كسر عظم الرقبة والصلب والصدر والفخذ وما أشبه ذلك وقد اختلف قول مالك فى المنقلة فمرة قال بالقصاص ومرة قال بالدية وكذلك الأمر عند مالك فيما لا يمكن فيه التساوى فى القصاص مثل الاقتصاص من ذهاب بعض النظر أو بعض السمع ويمنع القصاص أيضا عند مالك عدم المثل مثل ان يفقأ أعمى عين بصير واختلفوا من هذا فى الاعور يفقأ عين الصحيح عمدا فقال الجمهور ان أحب الصحيح ان يستقيد منه فله القود واختلفوا اذا عفا عن القود فقال قوم ان أحب فله الدية كاملة ألف دينار وهو مذهب مالك وقيل ليس له الا نصف الدية وبه قال الشافعى وهو أيضا منقول عن مالك وبقول الشافعى قال ابن القاسم وبالقول الآخر قال المغيرة من أصحابه وابن دينار وقال الكوفيون ليس للصحيح الذى فقئت عينه الا القود أو ما اصطلحا عليه وقد قيل لا يستقيد من الاعور وعليه الدية كاملة روى هذا عن ابن المسيب وعن عثمان وعمدة صاحب هذا القول ان عين الأعور بمنزلة عينين فمن فقأها فى واحدة فكأنه اقتص من اثنين فى واحدة والى نحو هذا ذهب من رأى أنه اذا ترك القود ان له دية كاملة ويلزم حامل هذا القول أن لا يستقيد ضرورة ومن قال بالقود وجعل الدية نصف الدية فهو أحرز لأصله فتأمله فانه بين بنفسه والله أعلم وأما هل المجروح مخير بين القصاص وأخذ الدية أم ليس له الا القصاص فقط الا ان يصطلحا على أخذ الدية ففيه القولان عن مالك مثل القولين فى القتل وكذلك أحد قولى مالك فى الأعور يفقأ عين الصحيح أن الصحيح يخير بين أن يفقأ عين الأعور أو يأخذ الدية ألف دينار أو خمسمائة على الاختلاف فى ذلك (وأما متى يستقاد من الجرح) فعند مالك أنه لا يستقاد من جرح الا بعد اندماله وعند الشافعى على الفور فالشافعى تمسك بالظاهر ومالك رأى ان يعتبر ما يؤول اليه أمر الجرح مخافة ان يفضى الى اتلاف النفس واختلف العلماء فى المقتص من الجرح يموت المقتص منه من ذلك الجرح فقال مالك والشافعى وأبو يوسف ومحمد لا شئ على المقتص وروى عن على وعمر مثل ذلك وبه قال أحمد وأبو ثور وداود وقال أبو حنيفة والثورى وابن أبى ليلى وجماعة اذا مات وجب على عاقلة المقتص الدية وقال بعضهم هى فى ماله وقال عثمان البتى يسقط عنه من الدية قدر الجراحة التى اقتص منها وهو قول ابن مسعود فعمدة الفريق الأول اجماعهم على أن السارق اذا مات من قطع يده انه لا شئ على الذى قطع يده وعمدة أبى حنيفة انه قتل خطأ فوجبت فيه الدية ولا يقاد عند مالك فى الحر الشديد ولا البرد الشديد ويؤخر ذلك مخافة ان يموت المقاد منه وقد قيل ان المكان شرط فى جواز القصاص وهو غير الحرم فهذا هو حكم العمد فى الجنايات على النفس وفى الجنايات على أعضاء البدن وينبغى ان نصير الى حكم الخطأ فى ذلك ونبتدئ بحكم الخطأ فى النفس

﴿ كتاب الديات فى النفوس ﴾

والأصل فى هذا الباب قوله تعالى (ومن قتل مؤمنا خطأ فتحرير رقبة مؤمنة ودية مسلمة الى أهله الا ان

يصدقوا) والديات تختلف فى الشريعة بحسب اختلاف الدماء وبحسب اختلاف الذين تلزمهم الدية وتختلف أيضا بحسب العمد اذا رضى بها اما الفريقان واما من له القود على ما تقدم من الاختلاف والنظر فى الدية هو فى موجبها أعنى فى أى قتل تجب ثم فى نوعها وفى قدرها وفى الوقت الذى تجب فيه وعلى من تجب فأما فى أى قتل تجب فانهم اتفقوا على انها تجب فى قتل الخطأ وفى العمد الذى يكون من غير مكلف مثل المجنون والصبى وفى العمد الذى تكون حرمة المقتول فيه ناقصة عن حرمة القاتل مثل الحر والعبد ومن قتل الخطأ ما اتفقوا على انه خطأ ومنه ما اختلفوا فيه وقد تقدم صدر من ذلك وسيأتى بعد ذلك اختلافهم فى تضمين الراكب والسائق والقائد وأما قدرها ونوعها فانهم اتفقوا على أن دية الحر المسلم على أهل الابل مائة من الابل وهى فى مذهب مالك ثلاث ديات دية الخطأ ودية العمد اذا قبلت ودية شبه العمد وهى عند مالك فى الاشهر عنه مثل فعل المدلجى بابنه وأما الشافعى فالدية عنه اثنان فقط مخففة ومغلظة فالمخففة دية الخطأ والمغلظة دية العمد ودية شبه العمد وأما أبو حنيفة فالديات عنده اثنان أيضا دية الخطأ ودية شبه العمد وليس عنده دية فى العمد وانما الواجب عنده فى العمد ما اصطلحا عليه وهو حال عليه غير مؤجل وهو معنى قول مالك المشهور لانه اذا لم تلزمه الدية عنده الا باصطلاح فلا معنى لتسميتها دية الا ماروى عنه انها تكون مؤجلة كدية الخطأ فهنا يخرج حكمها عن حكم المال المصطلح عليه ودية العمد عنده أرباع خمس وعشرون بنت مخاض وخمس وعشرون بنت لبون وخمس وعشرون حقة وخمس وعشرون جذعة وهو قول ابن شهاب وربيعة والدية المغلظة عنده أثلاثا ثلاثون حقة وثلاثون جذعة وأربعون خلفة وهى الحوامل ولا تكون المغلظة عنده فى المشهور الا فى مثل فعل المدلجى بابنه وعند الشافعى انها تكون فى شبه العمد أثلاثا أيضا وروى ذلك أيضا عن عمر وزيد ابن ثابت وقال أبو ثور الدية فى العمد اذا عفا ولى الدم اخماسا كدية الخطأ واختلفوا فى اسنان الابل فى دية الخطأ فقال مالك والشافعى هى أخماس عشرون ابنة مخاض وعشرون ابنة لبون وعشرون ابن لبون ذكر وعشرون حقة وعشرون جذعة وهو مروى عن ابن شهاب وربيعة وبه قال أبو حنيفة وأصحابه أعنى التخميس الا انهم جعلوا مكان ابن لبون ذكر ابن مخاض ذكر وروى عن ابن مسعود الوجهان جميعا وروى عن سيدنا على انه جعلها أرباعا أسقط منها الخمس والعشرين بنى لبون واليه ذهب عمر بن عبد العزيز ولا حديث فى ذلك مسند فدل على الاباحة والله أعلم كما قال أبو عمر بن عبد البر وخرج البخارى والترمذى عن ابن مسعود عن النبى صلى الله عليه وسلم انه قال فى دية الخطأ عشرون بنت مخاض وعشرون ابن مخاض ذكور وعشرون بنات لبون وعشرون جذعة وعشرون حقة واعتل لهذا الحديث أبو عمر بانه روى عن حنيف بن مالك عن ابن مسعود وهو مجهول قال وأحب الىّ فى ذلك الرواية عن على لانه لم يختلف فى ذلك عليه كما اختلف على ابن مسعود وخرج أبو داود عن عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قضى ان من قتل خطأ فديته مائة من الابل ثلاثون بنت مخاض وثلاثون بنت لبون وثلاثون حقة وعشرة بنى لبون ذكر قال أبو سليمان الخطابى هذا الحديث لا أعرف أحدا من الفقهاء المشهورين قال به وانما قال أكثر العلماء ان دية الخطأ أخماس وان كانوا اختلفوا فى الاصناف وقد روى ان دية الخطأ مربعة عن بعض العلماء

وهم الشعبي والنخعي والحسن البصري وهؤلاء جعلوها خمسا وعشرين جذعة وخمسا وعشرين حقة وخمسا وعشرين بنات لبون وخمسا وعشرين بنات مخاض كما روى عن علي وخرجه أبو داود وانما صار الجمهور الى تخميس دية الخطأ عشرون حقة وعشرون جذعة وعشرون بنت مخاض وعشرون بنت لبون وعشرون بني مخاض ذكر وان كان لم يتفقوا على بني المخاض لانها لم تذكر في اسنان فيها وقياس من أخذ بحديث التخميس في الخطأ وحديث التربيع في شبه العمد ان ثبت هذا النوع الثالث ان يقول في دية العمد بالتثليث كما قد روى ذلك عن الشافعي ومن لم يقل بالتثليث شبه العمد بما دونه فهذا هو مشهور أقاويلهم في الدية التي تكون من الابل على أهل الابل وأما أهل الذهب والورق فانهم اختلفوا أيضا فيما يجب من ذلك عليهم فقال مالك على أهل الذهب ألف دينار وعلى أهل الورق اثنا عشر ألف درهم وقال أهل العراق على أهل الورق عشرة آلاف درهم وقال الشافعي بمصر لا يؤخذ من أهل الذهب ولا من أهل الورق الا قيمة الابل بالغا ما بلغت وقوله بالعراق مثل قول مالك وعمدة مالك تقويم عمر بن الخطاب المائة من الابل على أهل الذهب بألف دينار وعلى أهل الورق باثني عشر ألف درهم وعمدة الحنفية ما رووا أيضا عن عمر انه قوم الدينار بعشرة دراهم واجماعهم على تقويم المثقال بها في الزكاة وأما الشافعي فيقول ان الأصل في الدية انما هو مائة بعير وعمر انما جعل فيها ألف دينار على أهل الذهب واثني عشر ألف درهم على أهل الورق لان ذلك كان قيمة الابل من الذهب والورق في زمانه والحجة له ما روى عن عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده أنه قال كانت الديات على عهد رسول الله صلى الله عليه وسلم ثمانمائة دينار وثمانية آلاف درهم ودية أهل الكتاب على النصف من دية المسلمين قال فكان ذلك حتى استخلف عمر فقام خطيبا فقال ان الابل قد غلت ففرضها عمر على أهل الورق اثني عشر ألف درهم وعلى أهل الذهب ألف دينار وعلى أهل البقر مائتي بقرة وعلى أهل الشاة ألفي شاة وعلى أهل الحلل مائتي حلة وترك دية أهل الذمة لم يرفع فيها شيأ واحتج بعض الناس لمالك لانه لو كان تقويم عمر بدلا لكان ذلك دينا بدين لاجماعهم أن الدية في الخطأ مؤجلة لثلاث سنين ومالك وأبو حنيفة وجماعة متفقون على أن الدية لا تؤخذ الا من الابل أو الذهب أو الورق وقال أبو يوسف ومحمد بن الحسن والفقهاء السبعة المدنيون يوضع على أهل الشاة ألفا شاة وعلى أهل البقر مائتا بقرة وعلى أهل البرود مائتا حلة وعمدتهم حديث عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده المتقدم وما أسنده أبو بكر بن أبي شيبة عن عطاء أن رسول الله صلى الله عليه وسلم وضع الدية على الناس في أموالهم ما كانت على أهل الابل مائة بعير وعلى أهل الشاة ألفا شاة وعلى أهل البقر مائتا بقرة وعلى أهل البرود مائتا حلة وما روى عن عمر بن عبد العزيز أنه كتب الى الأجناد أن الدية كانت على عهد رسول الله صلى الله عليه وسلم مائة بعير قال فان كان الذى أصابه من الاعراب فديته من الابل لا يكلف الاعرابي الذهب ولا الورق فان لم يجد الاعرابي مائة من الابل فعدلها من الشاة ألف شاة ولان أهل العراق أيضا رووا عن عمر مثل حديث عمرو ابن شعيب عن أبيه عن جده نصا وعمدة الفريق الأول أنه لو جاز أن تقوم بالشاة والبقر لجاز أن تقوم بالطعام على أهل الطعام وبالخيل على أهل الخيل وهذا لا يقول به أحد والنظر في الدية كما قلت هو في نوعها وفي مقدارها وعلى من تجب وفيما تجب ومتى تجب أما نوعها ومقدارها فقد تكلمنا فيه في الذكور الاحرار

المسلمين وأما على من تجب فلا خلاف بينهم أن دية الخطأ تجب على العاقلة وأنه حكم مخصوص من عموم قوله تعالى (ولا تزر وازرة وزر أخرى) ومن قوله عليه الصلاة والسلام لابى رمثة لولده لا يجنى عليك ولا تجنى عليه وأما دية العمد فجمهورهم على أنها ليست على العاقلة لما روى عن ابن عباس ولا مخالف له من الصحابة أنه قال لا تحمل العاقلة عمدا ولا اعترافا ولا صلحا فى عمد وجمهورهم على أنها لا تحمل من أصاب نفسه خطأ وشذ الاوزاعى فقال من ذهب يضرب العدو فقتل نفسه فعلى عاقلته الدية وكذلك عندهم فى قطع الأعضاء وروى عن عمر أن رجلا فقأ عين نفسه خطأ فقضى له عمر بديتها على عاقلته واختلفوا فى دية شبه العمد وفى الدية المغلظة على قولين واختلفوا فى دية ما جناه المجنون والصبى على من تجب فقال مالك وأبو حنيفة وجماعة انه كله يحمل على العاقلة وقال الشافعى عمد الصبى فى ماله وسبب اختلافهم تردد فعل الصبى بين العامد والمخطئ فمن غلب عليه شبه العمد أوجب الدية فى ماله ومن غلب عليه شبه الخطأ أوجبها على العاقلة وكذلك اختلفوا اذا اشترك فى القتل عامد وصبى والذين أوجبوا على العامد القصاص وعلى الصبى الدية اختلفوا على من تكون فقال الشافعى على أصله فى مال الصبى وقال مالك على العاقلة وأما أبو حنيفة فيرى أن لا قصاص بينهما * وأما متى تجب فانهم اتفقوا على أن دية الخطأ مؤجلة فى ثلاث سنين وأما دية العمد فحالة الا أن يصطلحا على التأجيل * وأما من هم العاقلة فان جمهور العلماء من أهل الحجاز اتفقوا على أن العاقلة هى القرابة من قبل الأب وهم العصبة دون أهل الديوان وتحمل الموالى العقل عند جمهورهم اذا عجزت عنه العصبة الا داود فانه لم ير الموالى عصبة وليس فيما يجب على واحد واحد منهم حد عند مالك وقال الشافعى على الغنى دينار وعلى الفقير نصف دينار وهى عند الشافعى مرتبة على القرابة بحسب قربهم فالاقرب من بنى أبيه ثم من بنى جده ثم من بنى بنى أبيه وقال أبو حنيفة وأصحابه العاقلة هم أهل ديوانه ان كان من أهل ديوان وعمدة أهل الحجاز انه تعاقل الناس فى زمان رسول الله صلى الله عليه وسلم وفى زمان أبى بكر ولم يكن هنالك ديوان وانما كان الديوان فى زمن عمر بن الخطاب واعتمد الكوفيون حديث جبير بن مطعم عن النبى صلى الله عليه وسلم انه قال لا حلف فى الاسلام وأيما حلف كان فى الجاهلية فلا يزيده الاسلام الا قوة وبالجملة فتمسكوا فى ذلك بنحو تمسكهم فى وجوب الولاء للحلفاء واختلفوا فى جناية من لا عصبة له ولا موالى وهم السائبة اذا جنوا خطأ هل يكون عليه عقل أم لا وان كان فعلى من يكون فقال من لم يجعل لهم موالى ليس على السائبة عقل وكذلك من لم يجعل العقل على الموالى وهو داود وأصحابه وقال من جعل ولاءه لمن أعتقه عليه عقله وقال من جعل ولاءه للمسلمين عقله فى بيت المال ومن قال ان للسائبة ان يوالى من شاء جعل عقله لمن والاه وكل هذه الاقاويل قد حكيت عن السلف والديات تختلف بحسب اختلاف المودى فيه والمؤثر فى نقصان الدية هى الانوثة والكفر والعبودية أما دية المرأة فانهم اتفقوا على أنها على النصف من دية الرجل فى النفس فقط واختلفوا فيما دون النفس من الشجاج والأعضاء على ما سيأتى القول فيه فى ديات الجروح والأعضاء وأما دية أهل الذمة اذا قتلوا خطأ فان للعلماء فى ذلك ثلاثة أقوال أحدها أن ديتهم على النصف من دية المسلم ذكرانهم على النصف من ذكران المسلمين ونساؤهم على النصف من نسائهم وبه قال مالك وعمر بن عبد العزيز وعلى هذا

تكون دية جراحهم على النصف من دية المسلمين والقول الثانى أن ديتهم ثلث دية المسلم وبه قال الشافعى وهو مروى عن عمر بن الخطاب وعثمان بن عفان وقال به جماعة من التابعين والقول الثالث أن ديتهم مثل دية المسلمين وبه قال أبو حنيفة والثورى وجماعة وهو مروى عن ابن مسعود وقد روى عن عمر وعثمان وقال به جماعة من التابعين فعمدة الفريق الأول ماروى عن عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده عن النبى صلى الله عليه وسلم انه قال دية الكافر على النصف من دية المسلم وعمدة الحنفية عموم قوله تعالى (وان كان من قوم بينكم و بينهم ميثاق فدية مسلمة الى أهله وتحرير رقبة مؤمنة) ومن السنة مارواه معمر عن الزهرى قال دية اليهودى والنصرانى وكل ذمى مثل دية المسلم قال وكانت كذلك على عهد رسول الله صلى الله عليه وسلم وأبى بكر وعمر وعثمان وعلى حتى كان معاوية فجعل فى بيت المال نصفها وأعطى أهل المقتول نصفها ثم قضى عمر بن عبد العزيز بنصف الدية وألغى الذى جعله معاوية فى بيت المال قال الزهرى فلم يقض لى أن أذكر بذلك عمر بن عبد العزيز فاخبره أن الدية قد كانت تامة لاهل الذمة وأما اذا قتل العبد خطأ أو عمدا على من لا يرى القصاص فيه فقال قوم عليه قيمته بالغة مابلغت وان زادت على دية الحر وبه قال مالك والشافعى وأبو يوسف وهو قول سعيد بن المسيب وعمر بن عبد العزيز وقال أبو حنيفة ومحمد لا يتجاوز بقيمة العبد الدية وقالت طائفة من فقهاء الكوفة فيه الدية ولكن لا يبلغ به دية الحر ينقص منها شيأ وعمدة الحنفية أن الرق حال نقص فوجب أن لا تزيد قيمته على دية الحر وعمدة من أوجب فيه الدية ولكن ناقصة عن دية الحر انه مكلف ناقص فوجب أن يكون الحكم ناقصا عنه ولكن واحدا بالنوع أصله الحد فى الزنا والقذف والخمر والطلاق ولو قيل فيه انها تكون على النصف من دية الحر لكان قولا له وجه أعنى فى دية الخطأ لكن لم يقل به أحد وعمدة مالك انه مال قد أتلف فوجب فيه القيمة أصله سائر الأموال واختلف فى الواجب فى العبد على من يجب فقال أبو حنيفة هو على عاقلة القاتل وهو الأشهر عن الشافعى وقال مالك هو على القاتل نفسه وعمدة مالك تشبيه العبد بالعروض وعمدة الشافعى قياسه على الحر (ومما يدخل فى هذا الباب) من أنواع الخطأ دية الجنين وذلك لأن سقوط الجنين عن الضرب ليس هو عمدا محضا وانما هو عمد فى أمه خطأ فيه والنظر فى هذا الباب هو أيضا فى الواجب فى ضروب الأجنة وفى صفة الجنين الذى يجب فيه الواجب وعلى من تجب ولمن يجب وفى شروط الوجوب فأما الأجنة فانهم اتفقوا على أن الواجب فى جنين الحرة وجنين الأمة من سيدها هو غرة لما ثبت عنه صلى الله عليه وسلم من حديث أبى هريرة وغيره ان امرأتين من هذيل رمت احداهما الاخرى فطرحت جنينها فقضى فيه رسول الله صلى الله عليه وسلم بغرة عبد أو وليدة واتفقوا على أن قيمة الغرة الواجبة فى ذلك عند من رأى ان الغرة فى ذلك محدودة بالقيمة وهو مذهب الجمهور هى نصف عشر دية أمه الأن من رأى ان الدية الكاملة على أهل الدراهم هى عشرة آلاف درهم قال دية الجنين خمسمائة درهم ومن رأى انها اثناعشر ألف درهم قال ستمائة درهم والذين لم يحدوا فى ذلك حدا أو لم يحدوها من جهة القيمة وأجازوا اخراج قيمتها عنها قالوا الواجب فى ذلك قيمة الغرة بالغة مابلغت وقال داود وأهل الظاهر كل ماوقع عليه اسم غرة أجزأ ولا يجزئ عنده القيمة فى ذلك فيما أحسب واختلفوا فى الواجب فى جنين الأمة

وفي جنين الكتابية فذهب مالك والشافعي الى أن في جنين الأمة عشر قيمة أمه ذكرا كان أو أنثى يوم يجنى عليه وفرق قوم بين الذكر والأنثى فقال قوم ان كان أنثى فيه عشر قيمة أمه وان كان ذكرا فعشر قيمته لو كان حيا وبه قال أبو حنيفة ولا خلاف عندهم ان جنين الأمة اذا سقط حيا ان فيه قيمته وقال أبو يوسف في جنين الأمة اذا سقط ميتا منها ما نقص من قيمة أمه وأما جنين الذمية فقال مالك والشافعي وأبو حنيفة فيه عشر دية أمه لكن أبو حنيفة على أصله في ان دية الذمي دية المسلم والشافعي على أصله في أن دية الذمي ثلث دية المسلم ومالك على أصله في أن دية الذمي نصف دية المسلم * وأما صفة الجنين الذي تجب فيه فانهم اتفقوا على أن من شروطه أن يخرج الجنين ميتا ولا تموت أمه من الضرب واختلفوا اذا ماتت أمه من الضرب ثم سقط الجنين ميتا فقال الشافعي ومالك لا شئ فيه وقال أشهب فيه الغرة وبه قال الليث وربيعة والزهري واختلفوا من هذا الباب في فروع وهي العلامة التي تدل على سقوطه حيا أو ميتا فذهب مالك وأصحابه الى أن علامة الحياة الاستهلال بالصياح أو البكاء وقال الشافعي وأبو حنيفة والثوري وأكثر الفقهاء كل ما علمت به الحياة في العادة من حركة أو عطاس أو تنفس فأحكامه أحكام الحي وهو الاظهر واختلفوا من هذا الباب في الخلقة التي توجب الغرة فقال مالك كل ما طرحته من مضغة أو علقة مما يعلم انه ولد ففيه الغرة وقال الشافعي لا شئ فيه حتى تستبين الخلقة والاجود أن يعتبر نفخ الروح فيه أعني أن يكون تجب فيه الغرة اذا علم أن الحياة قد كانت وجدت فيه وأما على من تجب فانهم اختلفوا في ذلك فقالت طائفة منهم مالك والحسن بن حي والحسن البصري هي في مال الجاني وقال آخرون هي على العاقلة وممن قال بذلك الشافعي وأبو حنيفة والثوري وجماعة وعمدتهم انها جناية خطأ فوجبت على العاقلة وما روى أيضا عن جابر بن عبد الله أن النبي صلى الله عليه وسلم جعل في الجنين غرة على عاقلة الضارب وبدأ بزوجها وولدها وأما مالك فشبهها بدية العمد اذا كان الضرب عمدا وأما لمن تجب فقال مالك والشافعي وأبو حنيفة هي لورثة الجنين وحكمها حكم الدية في أنها موروثة وقال ربيعة والليث هي للام خاصة وذلك انهم شبهوا جنينها بعضو من أعضائها * ومن الواجب الذي اختلفوا فيه في الجنين مع وجوب الغرة وجوب الكفارة فذهب الشافعي الى أن فيه الكفارة واجبة وذهب أبو حنيفة الى أنه ليس فيه كفارة واستحسنها مالك ولم يوجبها فأما الشافعي فانه أوجبها لأن الكفارة عنده واجبة في العمد والخطأ وأما أبو حنيفة فانه غلب عليه حكم العمد والكفارة لا تجب عنده في العمد وأما مالك فلما كانت الكفارة لا تجب عنده في العمد وتجب في الخطأ وكان هذا مترددا عنده بين العمد والخطأ استحسن فيه الكفارة ولم يوجبها * ومن أنواع الخطأ المختلف فيه اختلافهم في تضمين الراكب والسائق والقائد فقال الجمهور هم ضامنون لما أصابت الدابة واحتجوا في ذلك بقضاء عمر على الذي أجرى فرسه فوطئ آخر بالعقل وقال أهل الظاهر لا ضمان على أحد في جرح العجماء واعتمدوا الأثر الثابت فيه عنه صلى الله عليه وسلم من حديث أبي هريرة أنه قال عليه الصلاة والسلام جرح العجماء جبار والبئر جبار والمعدن جبار وفي الركاز الخمس فحمل الجمهور الحديث على أنه اذا لم يكن للدابة راكب ولا سائق ولا قائد لأنهم رأوا انه اذا أصابت الدابة أحدا وعليها راكب أو لها قائد أو سائق فان الراكب لها أو السائق أو القائد هو المصيب ولكن خطأ واختلف الجمهور فيما أصابت الدابة برجلها فقال مالك لا شئ فيه ان لم يفعل صاحب الدابة

بالدابة شيأ يبعثها به على أن ترمح برجلها وقال الشافعى يضمن الراكب ماأصابت بيدها أو برجلها وبه قال ابن شبرمة وابن أبى ليلى وسويا بين الضمان برجلها أو بغير رجلها وبه قال أبو حنيفة الا أنه استثنى الرمحة بالرجل أو بالذنب وعمدة من لم يضمن رجل الدابة بما روى عنه صلى الله عليه وسلم الرجل جبار ولم يصح هذا الحديث عند الشافعى ورده وأقاويل العلماء فيمن حفر بئرا فوقع فيه انسان متقاربة قال مالك ان حفر فى موضع جرت العادة الحفر فى مثله لم يضمن وان تعدى فى الحفر ضمن وقال الليث ان حفر فى أرض يملكها لم يضمن وان حفر فيما لا يملك ضمن فمن ضمن فهو عنده من نوع الخطأ وكذلك اختلفوا فى الدابة الموقوفة فقال بعضهم ان أوقفها بحيث يجب له أن يوقفها لم يضمن وان لم يفعل ضمن وبه قال الشافعى وقال أبو حنيفة يضمن على كل حال وليس يبرئه أن يربطها بموضع يجوز له أن يربطها فيه كما لا يبرئ ركوبها من ضمان ماأصابته وان كان الركوب مباحا واختلفوا فى الفارسين يصطدمان فيموت كل واحد منهما فقال مالك وأبو حنيفة وجماعة على كل واحد منهما دية الآخر وذلك على العاقلة وقال الشافعى وعثمان البتى على كل واحد منهما نصف دية صاحبه لأن كل واحد منهما مات من فعل نفسه وفعل صاحبه وأجمعوا على أن الطبيب اذا أخطأ لزمته الدية مثل أن يقطع الحشفة فى الختان وما أشبه ذلك لأنه فى معنى الجانى خطأ وعن مالك رواية انه ليس عليه شئ وذلك عنده اذا كان من أهل الطب ولا خلاف انه اذا لم يكن من أهل الطب انه يضمن لأنه متعد وقد ورد فى ذلك مع الاجماع حديث عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال من تطبب ولم يعلم منه قبل ذلك الطب فهو ضامن والدية فيما أخطأه الطبيب عند الجمهور على العاقلة ومن أهل العلم من جعله فى مال الطبيب ولا خلاف انه اذا لم يكن من أهل الطب انها فى ماله على ظاهر حديث عمرو بن شعيب ولا خلاف بينهم ان الكفارة التى نص الله عليها فى قتل الحر خطأ واجبة واختلفوا فى قتل العمد هل فيه كفارة وفى قتل العبد خطأ فأوجبها مالك فى قتل الحر فقط فى الخطأ دون العمد وأوجبها الشافعى فى العمد من طريق الأولى والأحرى وعند مالك ان العمد فى هذا حكمه حكم الخطأ واختلفوا فى تغليظ الدية فى الشهر الحرام وفى البلد الحرام فقال مالك وأبو حنيفة وابن أبى ليلى لا تغلظ الدية فيهما وقال الشافعى تغلظ فيهما فى النفس وفى الجراح وروى عن القاسم بن محمد وابن شهاب وغيرهم انه يزاد فيهما مثل ثلثها وروى ذلك عن عمر وكذلك عند الشافعى من قتل ذا رحم محرم عمدة مالك وأبى حنيفة عموم الظاهر فى توقيت الديات فمن ادعى فى ذلك تخصيصا فعليه الدليل مع انهم قد أجمعوا على انه لا تغلظ الكفارة فيمن قتل فيهما وعمدة الشافعى ان ذلك مروى عن عمر وعثمان وابن عباس واذا روى عن الصحابة شئ مخالف للقياس وجب حمله على التوقيف ووجه مخالفته للقياس ان التغليظ فيما وقع خطأ بعيد عن أصول الشرع وللفريق الثانى أن يقول انه قد ينقدح فى ذلك قياس لما ثبت فى الشرع من تعظيم الحرم واختصاصه بضمان الصيود فيه

﴿ كتاب الديات فيما دون النفس ﴾

والأشياء التى تجب فيها الدية فيما دون النفس هى شجاج وأعضاء فلنبدأ بالقول فى الشجاج والنظر فى هذا الباب فى محل الوجوب وشرطه وفى قدره الواجب وعلى من تجب ومتى تجب ولمن تجب فأما محل الوجوب فهى الشجاج أو قطع الأعضاء والشجاج عشرة فى اللغة والفقه أولها الدامية وهى التى تدمى الجلد

ثم الحارصة وهى التى تشق الجلد ثم الباضعة وهى التى تبضع اللحم أى تشقه ثم المتلاحمة وهى التى أخذت فى اللحم ثم السمحاق وهى التى تبلغ السمحاق وهو الغشاء الرقيق بين اللحم والعظم ويقال لها الملطاء بالمد والقصر ثم الموضحة وهى التى توضح العظم أى تكشفه ثم الهاشمة وهى التى تهشم العظم ثم المنقلة وهى التى يطير العظم منها ثم المأمومة وهى التى تصل أم الدماغ ثم الجائفة وهى التى تصل الى الجوف وأسماء هذه الشجاج مختصة بما وقع بالوجه منها والرأس دون سائر البدن واسم الجرح يختص بما وقع فى البدن فهذه أسماء هذه الشجاج فأما أحكامها أعنى الواجب فيها فاتفق العلماء على أن العقل واقع فى عمد الموضحة ومادون الموضحة خطأ واتفقوا على أنه ليس فيما دون الموضحة خطأ عقل وانما فيها حكومة قال بعضهم أجرة الطبيب الا ماروى عن عمر وعثمان أنهما قضيا فى السمحاق بنصف دية الموضحة وروى عن علىّ انه قضى فيها بأربع من الابل وروى عن زيد بن ثابت أنه قال فى الدامية بعير وفى الباضعة بعيران وفى المتلاحمة ثلاثة أبعرة وفى السمحاق أربعة والجمهور من فقهاء الأمصار على ماذكرنا وذلك ان الأصل فى الجراح الحكومة الا ماوقتت فيه السنة حدا ومالك يعتبر فى الزام الحكومة فيما دون الموضحة ان تبرأ على شين والغير من فقهاء الأمصار يلزم فيها الحكومة برئت على شين أو لم تبرأ فهذه هى أحكام مادون الموضحة فأما الموضحة فجميع الفقهاء على ان فيها اذا كانت خطأ خمس من الابل وثبت ذلك عن رسول الله صلى الله عليه وسلم فى كتابه لعمرو بن حزم ومن حديث عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده أن النبى صلى الله عليه وسلم قال فى الموضحة خمس يعنى من الابل واختلف العلماء فى موضع الموضحة من الجسد بعد اتفاقهم على ماقلنا أعنى على وجوب القصاص فى العمد ووجوب الدية فى الخطأ منها فقال مالك لاتكون الموضحة الا فى جهة الرأس والجبهة والخدين واللحى الأعلى ولاتكون فى اللحى الأسفل لأنه فى حكم العنق ولا فى الانف وأما الشافعى وأبو حنيفة فالموضحة عندهما فى جميع الوجه والرأس والجمهور على انها لاتكون فى الجسد وقال الليث وطائفة تكون الموضحة فى الجنب وقال الاوزاعى اذا كانت فى الجسد كانت على النصف من ديتها فى الوجه والرأس وروى عن عمر أنه قال فى موضحة الجسد نصف عشر دية ذلك العضو وغلظ بعض العلماء فى موضحة الوجه تبرأ على شين فرأى فيها مثل نصف عقلها زائدا على عقلها وروى ذلك مالك عن سليمان بن يسار واضطرب قول مالك فى ذلك فمرة قال بقول سليمان بن يسار ومرة قال لايزاد فيها على عقلها شئ وبه قال الجمهور وقد قيل عن مالك أنه قال اذا شانت الوجه كان فيها حكومة من غير توقيف ومعنى الحكومة عند مالك مانقص من قيمته ان لو كان عبدا وأما الهاشمة ففيها عند الجمهور عشر الدية وروى ذلك عن زيد بن ثابت ولا مخالف له من الصحابة وقال بعض العلماء الهاشمة هى المنقلة وشذ وأما المنقلة فلا خلاف ان فيها عشر الدية ونصف العشر اذا كانت خطأ فأما اذا كانت عمدا فجمهور العلماء على ان ليس فيها قود لمكان الخوف * وحكى عن ابن الزبير أنه أقاد منها ومن المأمومة وأما الهاشمة فى العمد فروى ابن القاسم عن مالك أنه ليس فيها قود ومن أجاز القود من المنقلة كان أحرى ان يجيز ذلك من الهاشمة وأما المأمومة فلا خلاف انه لايقاد منها وان فيها ثلث الدية الا ما حكى عن ابن الزبير وأما الجائفة فاتفقوا على انها من جراح الجسد لامن جراح الرأس وانها لايقاد منها وان فيها ثلث الدية وانها جائفة متى وقعت فى الظهر والبطن واختلفوا اذا وقعت فى غير ذلك من الاعضاء فنفذت

الى تجويفه فحكى مالك عن سعيد بن المسيب ان فى كل جراحة نافذة الى تجويف عضو من الاعضاء
ى عضو كان ثلث دية ذلك العضو * وحكى ابن شهاب انه كان لا يرى ذلك وهو الذى اختاره مالك
لأن القياس عنده فى هذا ليس بسوغ وانما عنده فى ذلك الاجتهاد من غير توقيف وأما سعيد فانه قاس
ذلك على الجائفة على نحو ماروى عن عمر فى موضحة الجسد وأما الجراحات التى تقع فى سائر الجسد
فليس فى الخطأ منها الا الحكومة

﴿ القول فى ديات الأعضاء ﴾

والأصل فيما فيه من الاعضاء اذا قطع خطأ مال محدود وهو الذى يسمى دية وكذلك من الجراحات
والنفوس حديث عمرو بن حزم عن أبيه ان فى الكتاب الذى كتبه رسول الله صلى الله عليه وسلم لعمرو
ابن حزم فى العقول ان فى النفس مائة من الابل وفى الانف اذا استوعب جدعا مائة من الابل وفى المأمومة
ثلث الدية وفى الجائفة مثلها وفى العين خمسون وفى اليد خمسون وفى الرجل خمسون وفى كل أصبع
مما هنالك عشر من الابل وفى السن والموضحة خمس وكل هذا مجمع عليه الا السن والابهام فانهم اختلفوا فيها
على ما سنذكره ومنها ما اتفقوا عليه مما لم يذكر ههنا قياسا على ما ذكر فنقول ان العلماء أجمعوا على ان
فى الشفتين الدية كاملة والجمهور على ان فى كل واحدة منهما نصف الدية وروى عن قوم من التابعين
ان فى السفلى ثلثى الدية لأنها تحبس الطعام والشراب وبالجملة فان حركتها والمنفعة بها أعظم من حركة
الشفة العليا وهو مذهب زيد بن ثابت وبالجملة فجماعة العلماء وأئمة الفتوى متفقون على أن فى كل زوج
من الانسان الدية ما خلا الحاجبين وثديى الرجل واختلفوا فى الاذنين متى تكون فيهما الدية فقال الشافعى
وأبو حنيفة والثورى والليث اذا اصطلمتا كان فيهما الدية ولم يشترطوا ذهاب السمع بل جعلوا فى ذهاب
السمع الدية مفردة وأما مالك فالمشهور عنده انه لا تجب فى الاذنين الدية الا اذا ذهب سمعهما فان لم
يذهب ففيه حكومة وروى عن أبى بكر أنه قضى فى الاذنين بخمس عشرة من الابل وقال انهما
لا يضران السمع ويسترهما الشعر أو العمامة وروى عن عمر وعلى وزيد انهم قضوا فى الاذن اذا اصطلمت
نصف الدية وأما الجمهور من العلماء فلا خلاف عندهم ان فى ذهاب السمع الدية وأما الحاجبان ففيهما
عند مالك والشافعى حكومة وقال أبو حنيفة فيهما الدية وكذلك فى اشفار العين وليس عند مالك فى ذلك
الا حكومة وعمدة الحنفية ماروى عن ابن مسعود أنه قال فى كل اثنين من الانسان الدية وتشبيهما
بما أجمعوا عليه من الاعضاء المثناة وعمدة مالك انه لا مجال فيه للقياس وانما طريقه التوقيف فلم يثبت
من قبل السماع فيه دية فالأصل ان فيه حكومة وأيضا فان الحواجب ليست أعضاء لها منفعة ولا فعل
بين أعنى ضروريا فى الخلقة وأما الاجفان فقيل فى كل جفن منها ربع الدية وبه قال الشافعى والكوفى
لأنه لا بقاء للعين دون الاجفان وفى الجفنين الاسفلين عند غيرهما الثلث وفى الاعليين الثلثان وأجمعوا
على ان من أصيب من أطرافه أكثر من ديته ان له ذلك مثل ان تصاب عيناه وأنفه فله ديتان
وأما الانثيان فأجمعوا أيضا على ان فيهما الدية وقال جميعهم ان فى كل واحدة منهما نصف الدية الا ماروى
عن سعيد بن المسيب أنه قال فى البيضة اليسرى ثلثا الدية لأن الولد يكون منها وفى اليمنى ثلث الدية فهذه
مسائل الاعضاء المزدوجة وأما المفردة فان جمهورهم على ان فى اللسان خطأ الدية وذلك مروى عن النبى

صلى الله عليه وسلم وذلك اذا قطع كله أو قطع منه ما يمنع الكلام فان لم يقطع منه ما منع الكلام ففيه حكومة واختلفوا فى القصاص فيه عمدا فمنهم من لم ير فيه قصاصا وأوجب الدية وهم مالك والشافعى والكوفى لكن الشافعى يرى الدية فى مال الجانى والكوفى ومالك على العاقلة وقال الليث وغيره فى اللسان عمدا القصاص وأما الانف فأجمعوا على انه اذا أوعب جدعا على ان فيه الدية على ما فى الحديث وسواء عند مالك ذهب الشم أولم يذهب وعنده أنه اذا ذهب أحدهما ففيه الدية وفى ذهاب أحدهما بعد الآخر الدية الكاملة وأجمعوا على ان فى الذكر الصحيح الذى يكون به الوطء الدية كاملة واختلفوا فى ذكر العنين والخصى كما اختلفوا فى لسان الأخرس وفى اليد الشلاء فمنهم من جعل فيها الدية ومنهم من جعل فيها حكومة ومنهم من قال فى ذكر الخصى والعنين ثلث الدية والذى عليه الجمهور ان فيه حكومة وأقل ما تجب فيه الدية عند مالك قطع الحشفة ثم فى باقى الذكر حكومة وأما عين الاعور فالعلماء فيه قولان أحدهما ان فيه الدية كاملة واليه ذهب مالك وجماعة من أهل المدينة وبه قال الليث وقضى به عمر بن عبد العزيز وهو قول ابن عمر وقال الشافعى وأبو حنيفة والثورى فيها نصف الدية كما فى عين الصحيح وهو مروى عن جماعة من التابعين وعمدة الفريق الأول ان العين الواحدة للاعور بمنزلة العينين جميعا لغير الاعور وعمدة الفريق الثانى حديث عمرو بن حزم أعنى عموم قوله وفى العين نصف الدية وقياسا أيضا على اجماعهم أنه ليس على من قطع يد من له يد واحدة الا نصف الدية فسبب اختلافهم فى هذا معارضة العموم للقياس ومعارضة القياس للقياس ومن أحسن ما قيل فيمن ضرب عين رجل فاذهب بعض بصرها ماروى من ذلك عن علىّ رضى الله عنه انه أمر بالذى أصيب بصره بان عصبت عينه الصحيحة وأعطى رجلا بيضة فانطلق بها وهو ينظر اليها حتى لم يبصرها فخط عند أول ذلك خطا فى الأرض ثم أمر بعينه المصابة فعصبت وفتحت الصحيحة وأعطى رجلا البيضة بعينها فانطلق بها وهو ينظر اليها حتى خفيت عنه فخط أيضا عند أول ما خفيت عنه فى الأرض خطا ثم علم ما بين الخطين من المسافة وعلم مقدار ذلك من منتهى رؤية العين الصحيحة فأعطاه قدر ذلك من الدية ويختبر صدقه فى مسافة ادراك العين العليلة والصحيحة بان يختبر ذلك منه مرارا شتى فى مواضع مختلفة فان خرجت مسافة تلك المواضع التى ذكر واحدة علمنا انه صادق واختلف العلماء فى الجناية على العين القائمة الشكل التى ذهب بصرها فقال مالك والشافعى وأبو حنيفة فيها حكومة وقال زيد بن ثابت فيها عشر الدية مائة دينار وحمل ذلك الشافعى على أنه كان ذلك من زيد تقويما لا توقيتا وروى عن عمر بن الخطاب وعبد الله بن عباس انهما قضيا فى العين القائمة الشكل واليد الشلاء والسن السوداء فى كل واحدة منها ثلث الدية وقال مالك تتم دية السن باسودادها ثم فى قلعها بعد اسودادها دية واختلف العلماء فى الأعور يفقأ عين الصحيح عمدا فقال الجمهور ان أحب فله القود وان عفا فله الدية قال قوم كاملة وقال قوم نصفها وبه قال الشافعى وابن القاسم وبكلا القولين قال مالك وبالدية كاملة قال المغيرة من أصحابه وابن دينار وقال الكوفيون ليس للصحيح الذى فقئت عينه الا القود أو ما اصطلحوا عليه وعمدة من رأى جميع الدية عليه اذا عفا عن القود أنه يجب عليه دية ما ترك له وهى العين العوراء وهى دية كاملة عند كثير من أهل العلم ومذهب عمر وعثمان وابن عمر ان عين الاعور اذا فقئت وجب فيها ألف دينار لانها فى حقه فى معنى العينين كلتيهما لا العين

الواحدة فاذا تركها له وجبت عليه ديتها وعمدة أولئك البقاء على الاصل أعنى ان فى العين الواحدة نصف الدية وعمدة أبى حنيفة أن العمد ليس فيه دية محدودة وهذه المسئلة قد ذكرت فى باب القود فى الجراح وقال جمهور العلماء وأئمة الفتوى مالك وأبو حنيفة والشافعى والثورى وغيرهم ان فى كل أصبع عشرا من الابل وأن الاصابع فى ذلك سواء وان فى كل أنملة ثلث العشر الا ماله من الاصابع أنملتان كالابهام ففى أنملته خمس من الابل وعمدتهم فى ذلك ماجاء فى حديث عمرو بن حزم أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال وفى كل أصبع مما هنالك عشر من الابل وخرج عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قضى فى الاصابع بعشر العشر وهو قول على وابن مسعود وابن عباس وهى عندهم على أهل الورق بحسب مايرى واحد واحد منهم فى الدية من الورق فهى عند من يرى انها اثنا عشر ألف درهم عشرها وعند من يرى انها عشرة آلاف عشرها وروى عن السلف المتقدم اختلاف فى عقل الاصابع فروى عن عمر بن الخطاب أنه قضى فى الابهام والتى تليها بعقل نصف الدية وفى الوسطى بعشر فرائض وفى التى تليها بتسع وفى الخنصر بست وروى عن مجاهد أنه قال فى الابهام خمسة عشر من الابل وفى التى تليها عشر وفى الوسطى عشر وفى التى تليها ثمان وفى الخنصر سبع وأما الترقوة والضلع ففيهما عند جمهور فقهاء الأمصار حكومة وروى عن بعض السلف فيها توقيت وروى عن مالك أن عمر بن الخطاب قضى فى الضرس بجمل والضلع بجمل وفى الترقوة بجمل وقال سعيد بن جبير فى الترقوة بعيران وقال قتادة أربعة أبعرة وعمدة فقهاء الأمصار ان مالم يثبت فيه عن النبى صلى الله عليه وسلم توقيت فليس فيه الا حكومة وجمهور فقهاء الأمصار على أن فى كل سن من أسنان الفم خمسا من الابل وبه قال ابن عباس وروى مالك عن عمر أنه قضى فى الضرس بجمل وذلك فيما لم يكن منها فى مقدم الفم وأما التى فى مقدم الفم فلا خلاف أن فيها خمسا من الابل وقال سعيد بن المسيب فى الأضراس بعيران وروى عن مالك أن مروان بن الحكم اعترض فى ذلك على ابن عباس فقال أتجعل مقدم الاسنان مثل الأضراس فقال ابن عباس لو لم يعتبر ذلك الا بالأصابع عقلها سواء عمدة الجمهور فى ذلك ماثبت عن النبى عليه الصلاة والسلام أنه قال فى السن خمس وذلك من حديث عمرو بن حزم عن أبيه عن جده واسم السن ينطلق على التى فى مقدم الفم ومؤخره وتشبيهها أيضا بالأصابع التى استوت ديتها وان اختلفت منافعها وعمدة من خالف بينهما أن الشرع يوجد فيه تفاضل الديات لتفاضل الأعضاء مع أنه يشبه أن يكون من صار الى ذلك من الصدر الأول انما صار اليه عن توقيف وجميع هذه الأعضاء التى تثبت الدية فيها خطأ فيها القود فى قطع ماقطع وقلع ماقلع واختلفوا فى كسر ما كسر منها مثل الساق والذراع هل فيه قود أم لا فذهب مالك وأصحابه الى أن القود فى كسر جميع العظام الا الفخذ والصلب وقال الشافعى والليث لا قصاص فى عظم من العظام يكسر وبه قال أبو حنيفة الا أنه استثنى السن وروى عن ابن عباس أنه لا قصاص فى عظم وكذلك عن عمر قال أبو عمر بن عبد البر ثبت أن النبى صلى الله عليه وسلم أقاد فى السن المكسورة من حديث أنس قال وقد روى من حديث آخر أن النبى عليه الصلاة والسلام لم يقد من العظم المقطوع فى غير المفصل الا أنه ليس بالقوى وروى عن مالك أن أبا بكر بن محمد بن عمرو بن حزم أقاد من كسر الفخذ واتفقوا على ان دية المرأة نصف دية الرجل فى النفس واختلفوا فى ديات الشجاج وأعضائها فقال جمهور فقهاء المدينة

• تساوى المرأة الرجل فى عقلها من الشجاج والاعضاء الى أن تبلغ ثلث الدية فاذا بلغت ثلث الدية عادت ديتها الى النصف من دية الرجل أعنى دية أعضائها من أعضائه مثال ذلك ان فى كل أصبع من أصابعها عشرا من الابل وفى اثنين منها عشرون وفى ثلاثة ثلاثون وفى أربعة عشرون وبه قال مالك وأصحابه والليث ابن سعد ورواه مالك عن سعيد بن المسيب وعن عروة بن الزبير وهو قول زيد بن ثابت ومذهب عمر ابن عبد العزيز وقالت طائفة بل دية جراحة المرأة مثل دية جراحة الرجل الى الموضحة ثم تكون ديتها على النصف من دية الرجل وهو الاشهر من قولى ابن مسعود وهو مروى عن عثمان وبه قال شريح وجماعة وقال قوم بل دية المرأة فى جراحها وأطرافها على النصف من دية الرجل فى قليل ذلك وكثيره وهو قول على رضى الله عنه وروى ذلك عن ابن مسعود الا ان الاشهر عنه هو ماذكرناه أولا وبهذا القول قال أبو حنيفة والشافعى والثورى وعمدة قائل هذا القول ان الأصل هو أن دية المرأة نصف دية الرجل فواجب التمسك بهذا الأصل حتى يأتى دليل من السماع الثابت اذ القياس فى الديات لا يجوز وبخاصة لكون القول بالفرق بين القليل والكثير مخالفا للقياس ولذلك قال ربيعة لسعيد ما يأتى ذكره عنه ولا اعتماد للطائفة الاولى الا مراسيل وماروى عن سعيد بن المسيب حين سأله ربيعة بن أبى عبد الرحمن كم فى أربع من أصابعها قال عشرون قلت حين عظم جرحها واشتدت بليتها نقص عقلها قال أعراقى أنت قلت بل عالم متثبت أو جاهل متعلم قال هى السنة وروى أيضا عن النبى عليه الصلاة والسلام من مرسل عمرو بن شعيب عن أبيه وعكرمة وقد رأى قوم أن قول الصحابى اذا خالف القياس وجب العمل به لأنه يعلم انه لم يترك القول به الا عن توقيف لكن فى هذا ضعف اذ كان يمكن أن يترك القول به اما لأنه لا يرى القياس واما لأنه عارضه فى ذلك قياس ثان أو قلد فى ذلك غيره فهذه حال ديات جراح الاحرار والجنايات على أعضائها الذكور منهم والاناث وأما جراح العبيد وقطع أعضائهم فان العلماء اختلفوا فيها على قولين فنهم من رأى أن فى جراحهم وقطع أعضائهم ما نقص من ثمن العبد ومنهم من رأى أن الواجب فى ذلك من قيمته قدر ما فى ذلك الجراح من ديته فيكون فى موضحته نصف عشر قيمته وفى عينه نصف قيمته وبه قال أبو حنيفة والشافعى وهو قول عمر وعلى وقال مالك يعتبر فى ذلك كله ما نقص من ثمنه الا موضحته ومنقلته ومأمومته ففيها من ثمنه قدر ما فيها فى الحر من ديته وعمدة الفريق الأول تشبيهه بالعروض وعمدة الفريق الثانى تشبيهه بالحر اذ هو مسلم ومكلف ولا خلاف بينهم أن دية الخطأ من هذه اذا جاوزت الثلث على العاقلة واختلف فيما دون ذلك فقال مالك وفقهاء المدينة السبعة وجماعة ان العاقلة لا تحمل من ذلك الا الثلث فما زاد وقال أبو حنيفة تحمل من ذلك العشر فما فوقه من الدية الكاملة وقال الثورى وابن شبرمة الموضحة فما زاد على العاقلة وقال الشافعى وعثمان البتى تحمل العاقلة القليل والكثير من دية الخطأ وعمدة الشافعى هى ان الأصل هو أن العاقلة هى التى تحمل دية الخطأ فمن خصص من ذلك شيأ فعليه الدليل ولا عمدة للفريق المتقدم الا أن ذلك معمول به ومشهور وهنا انقضى هذا الكتاب والحمد لله حق حمده

﴿ بسم الله الرحمن الرحيم وصلى الله على سيدنا محمد وآله وصحبه وسلم تسليما ﴾

﴿ كتاب القسامة ﴾

اختلف العلماء فى القسامة فى أربعة مواضع تجرى مجرى الاصول لفروع هذا الباب (المسئلة الاولى) هل يجب الحكم بالقسامة أم لا الثانية اذا قلنا بوجوبها هل يجب بها الدم أو الدية أو دفع مجرد الدعوى المسئلة الثالثة هل يبدأ بالايمان فيها المدعون أو المدعى عليهم وكم عدد الحالفين من الاولياء المسئلة الرابعة فيما يعد لوثا يجب به أن يبدأ المدعون بالايمان (المسئلة الاولى) أما وجوب الحكم بها على الجملة فقال به جهور فقهاء الامصار مالك والشافعى وأبو حنيفة وأحمد وسفيان وداود وأصحابهم وغير ذلك من فقهاء الامصار وقالت طائفة من العلماء سالم بن عبد الله وأبو قلابة وعمر بن عبد العزيز وابن علية لا يجوز الحكم بها عمدة الجمهور ماثبت عنه عليه الصلاة والسلام من حديث حويصة ومحيصة وهو حديث متفق على صحته من أهل الحديث الا أنهم مختلفون فى ألفاظه على ماسيأتى بعد وعمدة الفريق النافى لوجوب الحكم بها أن القسامة مخالفة لاصول الشرع المجمع على صحتها فنها أن الأصل فى الشرع أن لا يحلف أحد الا على ماعلم قطعا أو شاهد حسا واذا كان ذلك كذلك فكيف يقسم أولياء الدم وهم لم يشاهدوا القتل بل قد يكونون فى بلد والقتل فى بلد آخر ولذلك روى البخارى عن أبى قلابة أن عمر بن عبد العزيز أبرز سريره يوما للناس ثم أذن لهم فدخلوا عليه فقال ماتقولون فى القسامة فاضب القوم وقالوا نقول ان القسامة القود بها حق قد أقاد بها الخلفاء فقال ماتقول ياأبا قلابة ونصبنى للناس فقلت ياأمير المؤمنين عندك اشراف العرب ورؤساء الاجناد أرأيت لو أن خمسين رجلا شهدوا على رجل أنه زنى بدمشق ولم يروه أكنت ترجمه قال لا قلت أفرأيت لو أن خمسين رجلا شهدوا عندك على رجل انه سرق بحمص ولم يروه أكنت تقطعه قال لا وفى بعض الروايات قلت فما بالهم اذا شهدوا انه قتله بأرض كذا وهم عندك أقدت بشهادتهم قال فكتب عمر بن عبد العزيز فى القسامة انهم ان أقاموا شاهدى عدل ان فلانا قتله فأقده ولا يقتل بشهادة الخمسين الذين أقسموا قالوا ومنها ان من الاصول ان الايمان ليس لها تأثير فى اشاطة الدماء ومنها أن من الاصول ان البينة على من ادعى واليمين على من أنكر ومن حجتهم أنهم لم يروا فى تلك الاحاديث أن رسول الله صلى الله عليه وسلم حكم بالقسامة وانما كانت حكما جاهليا فتلطف لهم رسول الله صلى الله عليه وسلم ليريهم كيف لا يلزم الحكم بها على أصول الاسلام ولذلك قال لهم أتحلفون خمسين يمينا أعنى لولاة الدم وهم الانصار قالوا كيف نحلف ولم نشاهد قال فيحلف لكم اليهود قالوا كيف نقبل أيمان قوم كفار قالوا فلو كانت السنة أن يحلفوا وان لم يشهدوا لقال لهم رسول الله صلى الله عليه وسلم هى السنة قال واذا كانت هذه الآثار غير نص فى القضاء بالقسامة والتأويل يتطرق اليها فصرفها بالتأويل الى الاصول أولى وأما القائلون بها وبخاصة مالك فرأى أن سنة القسامة سنة منفردة بنفسها مخصصة للاصول كسائر السنن المخصصة وزعم ان العلة فى ذلك حوطة الدماء وذلك ان القتل لما كان يكثر وكان يقل قيام الشهادة عليه لكون القاتل انما يتحرى بالقتل مواضع الخلوات جعلت هذه السنة حفظا للدماء لكن هذه العلة تدخل عليه فى قطاع الطريق والسراق وذلك ان السارق تعسر الشهادة عليه وكذلك قاطع الطريق فلهذا أجاز مالك شهادة المسلوبين على السالبين مع مخالفة ذلك للاصول وذلك ان المسلوبين مدعون على سالبهم والله أعلم (المسئلة الثانيـة) اختلف العلماء القائلون بالقسامة فيما يجب بها فقال مالك وأحمد يستحق بها الدم فى العمد والدية فى الخطأ وقال الشافعى

والثورى وجماعة تستحق بها الدية فقط وقال بعض الكوفيين لا يستحق بها الا دفع الدعوى على الاصل فى ان اليمين انما تجب على المدعى عليه وقال بعضهم بل يحلف المدعى عليه ويغرم الدية فعلى هذا انما يستحق منها دفع القود فقط فيكون فيما يستحق المقسمون أربعة أقوال فعمدة مالك ومن قال بقوله مارواه من حديث ابن أبى ليلى عن سهل بن أبى حثمة وفيه فقال لهم رسول الله صلى الله عليه وسلم تحلفون وتستحقون دم صاحبكم وكذلك مارواه من مرسل بشير بن بشار وفيه فقال لهم رسول الله صلى الله عليه وسلم أتحلفون خمسين يمينا وتستحقون دم صاحبكم أو قاتلكم وأما عمدة من أوجب بها الدية فقط فهو ان الايمان يوجد لها تأثير فى استحقاق الاموال أعنى فى الشرع مثل ماثبت من الحكم فى الاموال باليمين والشاهد ومثل مايجب المال بنكول المدعى عليه أو بالنكول وقلبها على المدعى عند من يقول بقلب اليمين مع النكول مع ان حديث مالك عن ابن أبى ليلى ضعيف لأنه رجل مجهول لم يروعنه غير مالك وقيل فيه أيضا انه لم يسمع من سهل وحديث بشير بن بشار قد اختلف فى اسناده فأرسله مالك وأسنده غيره قال القاضى يشبه ان تكون هذه العلة هى السبب فى ان لم يخرج البخارى هذين الحديثين واعتضد عندهم القياس فى ذلك بما روى عن عمر رضى الله عنه أنه قال لاقود بالقسامة ولكن يستحق بها الدية وأما الذين قالوا انما يستحق بها دفع الدعوى فقط فعمدتهم ان الاصل هو أن الايمان على المدعى عليه والأحاديث التى نذكرها فيما بعد ان شاء الله (المسئلة الثالثة) واختلف القائلون بالقسامة أعنى الذين قالوا انها يستوجب بها مال أودم فيمن يبدأ بالايمان الخمسين على ماورد فى الآثار فقال الشافعى وأحمد وداود بن على وغيرهم يبدأ المدعون وقال فقهاء الكوفة والبصرة وكثير من أهل المدينة بل يبدأ المدعى عليهم بالايمان وعمدة من بدأ بالمدعين حديث مالك عن ابن أبى ليلى عن سهل بن أبى حثمة ومرسله عن بشير بن يسار وعمدة من رأى التبدئة بالمدعى عليهم ماخرجه البخارى عن سعيد بن عبيد الطائى عن بشير بن يسار أن رجلا من الانصار يقال له سهل بن حثمة وفيه فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم تأتون بالبينة على من قتله قالوا مالنا بينة قال فيحلفون لكم قالوا مانرضى بأيمان يهود وكره رسول الله صلى الله عليه وسلم أن يبطل دمه فوداه بمائة بعير من ابل الصدقة قال القاضى وهذا نص فى انه لايستوجب بالايمان الخمسين الا دفع الدعوى فقط واحتجوا أيضا بما خرجه أبو داود أيضا عن أبى سلمة ابن أبى عبد الرحمن وسليمان بن يسار عن رجال من كبراء الانصار أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال ليهود وبدأ بهم أيحلف منكم خمسون رجلا خمسين يمينا فأبوا فقال للانصار احلفوا فقالوا أنحلف على الغيب يارسول الله فجعلها رسول الله صلى الله عليه وسلم دية على يهود لأنه وجد بين ظهرهم وبهذا تمسك من جعل اليمين فى حق المدعى عليهم وألزمهم الغرم مع ذلك وهو حديث صحيح الاسناد لأنه رواه الثقات عن الزهرى عن أبى سلمة وروى الكوفيون ذلك عن عمر أعنى انه قضى على المدعى عليهم باليمين والدية وخرج مثله أيضا من تبدئه اليهود بالايمان عن رافع بن خديج واحتج هؤلاء القوم على مالك بما روى عن ابن شهاب الزهرى عن سليمان بن يسار وعراك بن مالك ان عمر بن الخطاب قال للجهنى الذى ادعى دم وليه على رجل من بنى سعد وكان أجرى فرسه فوطئ على أصبع الجهنى فنزى فيها فمات فقال عمر للذى ادعى عليهم أتحلفون بالله خمسين يمينا مامات منها فأبوا أن يحلفوا وتحرجوا

فقال للمدعين احلفوا فأبوا فقضى عليهم بشطر الدية قالوا وأحاديثنا هذه أولى من التى روى فيها تبدئة المدعين بالأيمان لأن الأصل شاهد لأحاديثنا من أن اليمين على المدعى عليه قال أبو عمر والأحاديث المتعارضة فى ذلك مشهورة ﴿ المسئلة الرابعة ﴾ وهى موجب القسامة عند القائلين بها أجمع جمهور العلماء القائلون بها انها لا تجب الا بشبهة واختلفوا فى الشبهة ماهى فقال الشافعى اذا كانت الشبهة فى معنى الشبهة التى قضى بها رسول الله صلى الله عليه وسلم بالقسامة وهو أن يوجد قتيل فى محلة قوم لا يخالطهم غيرهم و بين أولئك القوم و بين قوم المقتول عداوة كما كانت العداوة بين الانصار واليهود وكانت خيبر دار اليهود مختصة بهم ووجد فيها القتيل من الانصار قال وكذلك لو وجد فى ناحية قتيل والى جانبه رجل مختضب بالدم وكذلك لو دخل على نفر بيت فوجد بينهم قتيل وما أشبه هذه الشبه مما يغلب على ظن الحكام ان المدعى محق لقيام تلك الشبهة وقال مالك بنحو من هذا أعنى ان القسامة لا تجب الا بلوث والشاهد الواحد عنده اذا كان عدلا لوث باتفاق عند أصحابه واختلفوا اذا لم يكن عدلا وكذلك وافق الشافعى فى قرينة الحال المخيلة مثل أن يوجد قتيل متشحطا بدمه و بقربه انسان بيده حديدة مدماة الا أن مالكا يرى ان وجود القتيل فى المحلة ليس لوثا وان كانت هنالك عداوة بين القوم الذين منهم القتيل و بين أهل المحلة واذا كان ذلك كذلك لم يبق ههنا شئ يجب أن يكون أصلا لاشتراط اللوث فى وجوبها ولذلك لم يقل بها قوم وقال أبو حنيفة وصاحباه اذا وجد قتيل فى محلة قوم و به أثر وجبت القسامة على أهل المحلة ومن أهل العلم من أوجب القسامة بنفس وجود القتيل فى المحلة دون سائر الشرائط التى اشترط الشافعى ودون وجود الأثر بالقتيل الذى اشترطه أبو حنيفة وهو مروى عن عمر وعلى وابن مسعود وقال به الزهرى وجماعة من التابعين وهو مذهب ابن حزم قال القسامة تجب متى وجد قتيل لا يعرف من قتله أينما وجد فادعى ولاة الدم على رجل وحلف منهم خمسون رجلا خمسين يمينا فان هم حلفوا على العمد فالقود وان حلفوا على الخطأ فالدية وليس يحلف عنده أقل من خمسين رجلا وعند مالك رجلان فصاعدا من أولئك وقال داود لا أقضى بالقسامة الا فى مثل السبب الذى قضى به رسول الله صلى الله عليه وسلم وانفرد مالك والليث من بين فقهاء الأمصار القائلين بالقسامة فجعلا قول المقتول فلان قتلنى لوثا يوجب القسامة وكل قال بما غلب على ظنه انه شبهة يوجب القسامة ولمكان الشبه رأى تبدئة المدعين بالايمان من رأى ذلك منهم فان الشبه عند مالك تنقل اليمين من المدعى عليه الى المدعى اذ سبب تعليق الشرع عنده اليمين بالمدعى عليه انما هو لقوة شبهته فيما ينفيه عن نفسه وكانه شبه ذلك باليمين مع الشاهد فى الاموال وأما القول بان نفس الدعوى شبهة فضعيف ومفارق للاصول والنص لقوله عليه الصلاة والسلام لو يعطى الناس بدعاويهم لادعى قوم دماء قوم وأموالهم ولكن اليمين على المدعى عليه وهو حديث ثابت من حديث ابن عباس وخرجه مسلم فى صحيحه وما احتجت به المالكية من قصة بقرة بنى اسرائيل فضعيف لأن التصديق هنالك أسند الى الفعل الخارق للعادة واختلف الذين أوجبوا القود بالقسامة هل يقتل بها أكثر من واحد فقال مالك لا تكون القسامة الا على واحد و به قال أحمد ابن حنبل وقال أشهب يقسم على الجماعة و يقتل منها واحد يعينه الأولياء وهو ضعيف وقال المغيرة المخزومى كل من أقسم عليه قتل وقال مالك والليث اذا شهد اثنان عدلان ان انسانا ضرب آخر و بقى

المضروب أياما بعد الضرب ثم مات أقسم أولياء المضروب انه مات من ذلك الضرب وقيد به وهذا كله ضعيف واختلفوا فى القسامة فى العبد فبعض أثبتها وبه قال أبو حنيفة تشبيها بالحر و بعض نفاها تشبيها بالبهيمة و بها قال مالك والدية عندهم فيها فى مال القاتل ولا يحلف فيها أقل من خمسين رجلا خمسين يمينا عند مالك ولا يحلف عنده أقل من اثنين فى الدم و يحلف الواحد فى الخطأ وان نكل عنده أحد من ولاة الدم بطل القود وصحت الدية فى حق من لم ينكل أعنى حظه منها وقال الزهرى ان نكل منهم أحد بطلت الدية فى حق الجميع وفروع هذا الباب كثيرة قال القاضى والقول فى القسامة هو داخل فيما تثبت به الدماء وهو فى الحقيقة جزء من كتاب الاقضية ولكن ذكرناه هنا على عادتهم وذلك انه اذا ورد قضاء خاص بجنس من أجناس الامور الشرعية رأوا ان الاولى ان يذكر فى ذلك الجنس وأما القضاء الذى يعم أكثر من جنس واحد من أجناس الاشياء التى يقع فيها القضاء فيذكر فى كتاب الاقضية وقد تجدهم يفعلون الأمرين جيعا كما فعل مالك فى الموطأ فانه ساق فيه الاقضية من كل كتاب

﴿ بسم الله الرحمن الرحيم وصلى الله على سيدنا محمد وآله وصحبه وسلم تسليما ﴾

﴿ كتاب فى أحكام الزنا ﴾

والنظر فى أصول هذا الكتاب فى حد الزنا وفى أصناف الزناة وفى العقوبات لكل صنف منهم وفيما تثبت به هذه الفاحشة

﴿ الباب الأول ﴾

فأما الزنا فهو كل وطء وقع على غير نكاح صحيح ولا شبهة نكاح ولا ملك يمين وهذا متفق عليه بالجملة من علماء الاسلام وان كانوا اختلفوا فيما هو شبهة تدرأ الحدود مما ليس بشبهة دارئة وفى ذلك مسائل نذكر منها أشهرها فنها الامة يقع عليها الرجل وله فيها شرك ففال مالك يدرأ عنه الحد وان ولدت ألحق الولد به وقومت عليه وبه قال أبو حنيفة وقال بعضهم يعزر وقال أبو ثور عليه الحد كاملا اذا علم الحرمة وحجة الجماعة قوله عليه الصلاة والسلام ادرؤا الحدود بالشبهات والذين درؤا الحدود اختلفوا هل يلزمه من صداق المثل بقدر نصيبه أم لا يلزم وسبب الخلاف هل ذلك الذى يملك منها يغلب حكمه على الجزء الذى لا يملك أم حكم الذى لا يملك يغلب على حكم الذى يملك فان حكم ما ملك الحلية وحكم مالم يملك الحرمية ومنها اختلافهم فى الرجل المجاهد يطأ جارية من المغنم فقال قوم عليه الحد ودرأ قوم عنه الحد وهو أشبه والسبب فى هذه وفى التى قبلها واحد والله أعلم ومنها ان يحل رجل لرجل وطء خادمه فقال مالك يدرأ عنه الحد وقال غيره يعزر وقال بعض الناس بل هى هبة مقبوضة والرقبة تابعة للفرج ومنها الرجل يقع على جارية ابنه أو ابنته فقال الجمهور لا حد عليه لقوله عليه الصلاة والسلام لرجل خاطبه أنت ومالك لأبيك ولقوله عليه الصلاة والسلام لا يقاد الوالد بالولد ولاجماعهم على أنه لا يقطع فيما سرق من مال ولده ولذلك قالوا تقوم عليه حلت أم لم تحمل لانها قد حرمت على ابنه فكأنه استهلكها ومن الحجة لهم أيضا اجماعهم على أن الأب لو قتل ابن ابنه لم يكن للابن أن يقتص من أبيه وكذلك كل من كان الابن له وليا ومنها الرجل يطأ جارية زوجته اختلف العلماء فيه على أربعة أقوال فقال مالك والجمهور عليه الحد كاملا وقالت طائفة ليس عليه الحد وتقوم عليه فيغرمها لزوجته ان كانت طاوعته وان كان استكرهها قومت

عليه وهي حرة وبه قال أحمد واسحق وهو قول ابن مسعود والأول قول عمر ورواه مالك في الموطأ عنه وقال قوم عليه مائة جلدة فقط سواء كان محصنا أو ثيبا وقال قوم عليه التعزير فعمدة من أوجب عليه الحد انه وطئ دون ملك تام ولا شركة ملك ولا نكاح فوجب الحد وعمدة من درأ الحد ما ثبت أن رسول الله عليه الصلاة والسلام قضى في رجل وطئ جارية امرأته انه ان كان استكرهها فهي حرة وعليه مثلها السيدتها وان كانت طاوعته فهي له وعليه لسيدتها مثلها وأيضا فان له شبهة في مالها بدليل قوله عليه الصلاة والسلام تنكح المرأة لثلاث فذكر مالها ويقوى هذا المعنى على أصل من يرى ان المرأة محجور عليها من زوجها فيما فوق الثلث أو في الثلث فما فوقه وهو مذهب مالك ومنها ما يراه أبو حنيفة من درء الحد عن واطئ المستأجرة والجمهور على خلاف ذلك وقوله في ذلك ضعيف ومرغوب عنه وكأنه رأى ان هذه المنفعة أشبهت سائر المنافع التي استأجرها عليها فدخلت الشبهة وأشبه نكاح المتعة ومنها درء الحد عمن امتنع اختلف فيه أيضا وبالجملة فالأنكحة الفاسدة داخلة في هذا الباب وأكثرها عند مالك تدرأ الحد الا ما انعقد منها على شخص مؤبد التحريم بالقرابة مثل الأم وما أشبه ذلك مما لا يعذر فيه بالجهل

﴿ الباب الثاني ﴾

والزناة الذين تختلف العقوبة باختلافهم أربعة أصناف محصنون ثيب وابكار وأحرار وعبيد وذكور واناث والحدود الاسلامية ثلاثة رجم وجلد وتغريب فأما الثيب الأحرار المحصنون فان المسلمين أجمعوا على أن حدهم الرجم الا فرقة من أهل الأهواء فانهم رأوا ان حد كل زان الجلد وانما صار الجمهور للرجم لثبوت أحاديث الرجم فخصصوا الكتاب بالسنة أعني قوله تعالى (الزانية والزاني) الآية واختلفوا في موضعين أحدهما هل يجلدون مع الرجم أم لا والموضع الثاني في شروط الاحصان ﴿أما المسئلة الاولى﴾ فان العلماء اختلفوا هل يجلد من وجب عليه الرجم قبل الرجم أم لا فقال الجمهور لا جلد على من وجب عليه الرجم وقال الحسن البصري واسحق وأحمد وداود الزاني المحصن يجلد ثم يرجم عمدة الجمهور أن رسول الله صلى الله عليه وسلم رجم ماعزا ورجم امرأة من جهينة ورجم يهوديين وامرأة من عامر من الازد كل ذلك مخرج في الصحاح ولم يروا أنه جلد واحدا منهم ومن جهة المعنى ان الحد الأصغر ينطوي في الحد الأكبر وذلك ان الحد انما وضع للزجر فلا تأثير للزجر بالضرب مع الرجم وعمدة الفريق الثاني عموم قوله تعالى (الزانية والزاني فاجلدوا كل واحد منهما مائة جلدة) فلم يخص محصن من غير محصن واحتجوا أيضا بحديث علي رضي الله عنه خرجه مسلم وغيره أن عليا رضي الله عنه جلد شراحة الهمدانية يوم الخميس ورجمها يوم الجمعة وقال جلدتها بكتاب الله ورجمتها بسنة رسوله وحديث عبادة بن الصامت وفيه أن النبي عليه الصلاة والسلام قال خذوا عني قد جعل الله لهن سبيلا البكر بالبكر جلد مائة وتغريب عام والثيب بالثيب جلد مائة والرجم بالحجارة وأما الاحصان فانهم اتفقوا على أنه من شرط الرجم واختلفوا في شروطه فقال مالك البلوغ والاسلام والحرية والوطء في عقد صحيح وحالة جائز فيها الوطء والوطء المحظور هو عنده الوطء في الحيض أو في الصيام فاذا زنى بعد الوطء الذي هو بهذه الصفة وهو بهذه الصفات فحده عنده الرجم ووافق أبو حنيفة مالكا في هذه الشروط الا في الوطء المحظور واشترط في الحرية أن تكون من الطرفين أعني أن يكون الزاني والزانية حرين ولم يشترط الاسلام الشافعي وعمدة الشافعي

مارواه مالك عن نافع عن ابن عمر وهو حديث متفق عليه أن النبي صلى الله عليه وسلم رجم اليهودية واليهودى اللذين زنيا اذ رفع اليه أمرهما اليهود والله تعالى يقول (وان حكمت فاحكم بينهم بالقسط) وعمدة مالك من طريق المعنى ان الاحصان عنده فضيلة ولا فضيلة مع عدم الاسلام وهذا مبناه على أن الوطء فى نكاح صحيح هو مندوب اليه فهذا هو حكم الثيب وأما الابكار فان المسلمين أجمعوا على أن حد البكر فى الزنا جلد مائة لقوله تعالى (الزانية والزانى فاجلدوا كل واحد منهما مائة جلدة) واختلفوا فى التغريب مع الجلد فقال أبو حنيفة وأصحابه لا تغريب أصلا وقال الشافعى لابد من التغريب مع الجلد لكل زان ذكرا كان أو أنثى حرا كان أو عبدا وقال مالك يغرب الرجل ولا تغرب المرأة وبه قال الاوزاعى ولا تغريب عند مالك على العبيد فعمدة من أوجب التغريب على الاطلاق حديث عبادة بن الصامت المتقدم وفيه البكر بالبكر جلد مائة وتغريب عام وكذلك ماخرج أهل الصحاح عن أبى هريرة وزيد بن خالد الجهنى أنهما قالا ان رجلا من الاعراب أتى النبى عليه الصلاة والسلام قال يارسول الله أنشدك الله الا قضيت لى بكتاب الله فقال الخصم وهو أفقه منه نعم اقض بيننا بكتاب الله وأئذن لى أن أتكلم فقال له النبى قل قال ان ابنى كان عسيفا على هذا فزنى بامرأته وانى أخبرت أن على ابنى الرجم فافتديته بمائة شاة ووليدة فسألت أهل العلم فأخبرونى انما على ابنى جلد مائة وتغريب عام وان على امرأة هذا الرجم فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم والذى نفسى بيده لاقضين بينكما بكتاب الله أما الوليدة والغنم فرد عليك وعلى ابنك جلد مائة وتغريب عام واغد ياأنيس على امرأة هذا فان اعترفت فارجمها فغدا عليها أنيس فاعترفت فأمر النبى عليه الصلاة والسلام بها فرجمت ومن خصص المرأة من هذا العموم فانما خصصه بالقياس لأنه رأى أن المرأة تعرض بالغربة لأكثر من الزنا وهذا من القياس المرسل أعنى المصلحى الذى كثيرا ما يقول به مالك وأما عمدة الحنفية فظاهر الكتاب وهو مبنى على رأيهم أن الزيادة على النص نسخ وانه ليس ينسخ الكتاب باخبار الآحاد ورووا عن عمر وغيره انه حد ولم يغرب وروى الكوفيون عن أبى بكر وعمر انهم غربوا وأما حكم العبيد فى هذه الفاحشة فان العبيد صنفان ذكور واناث أما الاناث فان العلماء أجمعوا على أن الامة اذا تزوجت وزنت ان حدها خمسون جلدة لقوله تعالى (فاذا أحصن فان أتين بفاحشة فعليهن نصف ما على المحصنات من العذاب) واختلفوا اذا لم تتزوج فقال جمهور فقهاء الأمصار حدها خمسون جلدة وقالت طائفة لا حد عليها وانما عليها تعزير فقط وروى ذلك عن عمر بن الخطاب وقال قوم لا حد على الامة أصلا والسبب فى اختلافهم الاشتراك الذى فى اسم الاحصان فى قوله تعالى (فاذا أحصن) فمن فهم من الاحصان التزوج وقال بدليل الخطاب قال لا تجلد الغير المتزوجة ومن فهم من الاحصان الاسلام جعله عاما فى المتزوجة وغيرها واحتج من لم ير على غير المتزوجة حدا بحديث أبى هريرة وزيد بن خالد الجهنى أن النبى عليه السلام سئل عن الامة اذا زنت ولم تحصن فقال ان زنت فاجلدوها ثم ان زنت فاجلدوها ثم بيعوها ولو بضفير وأما الذكر من العبيد ففقهاء الأمصار على أن حد العبد نصف حد الحر قياسا على الأمة وقال أهل الظاهر بل حده مائة جلدة مصيرا الى عموم قوله تعالى (فاجلدوا كل واحد منهما مائة جلدة) ولم يخصص حرا من عبد ومن الناس من درأ الحد عنه قياسا على

الامة وهو شاذ وروى عن ابن عباس فهذا هو القول فى أصناف الحدود وأصناف المحدودين والشرائط الموجبة للحد فى واحد واحد منهم ويتعلق بهذا القول فى كيفية الحدود وفى وقتها فأما كيفيتها فمن مشهور المسائل الواقعة فى هذا الجنس اختلافهم فى الحفر للمرجوم فقالت طائفة يحفر له وروى ذلك عن على فى شراحة الهمدانية حين أمر برجمها وبه قال أبو ثور وفيه فلما كان يوم الجمعة أخرجها فحفر لها حفيرة فأدخلت فيها وأحدق الناس بها يرمونها فقال ليس هكذا الرجم انى أخاف أن يصيب بعضكم بعضا ولكن صفوا كما تصفون فى الصلاة ثم قال الرجم رجمان رجم سر ورجم علانية فما كان منه باقرار فأول من يرجم الامام ثم الناس وما كان ببينة فأول من يرجم البينة ثم الامام ثم الناس وقال مالك وأبو حنيفة لا يحفر للمرجوم وخير فى ذلك الشافعى وقيل عنه يحفر للمرأة فقط وعمدتهم ما خرج البخارى ومسلم من حديث جابر قال جابر فرجمناه بالمصلى فلما أذلقته الحجارة فر فادركناه بالحرة فرضخناه وقد روى مسلم انه حفر له فى اليوم الرابع حفرة وبالجملة فالأحاديث فى ذلك مختلفة قال أحمد أكثر الأحاديث على أن لا حفر وقال مالك يضرب فى الحدود الظهر وما يقاربه وقال أبو حنيفة والشافعى يضرب سائر الأعضاء ويتقى الفرج والوجه وزاد أبو حنيفة الرأس ويجرد الرجل عند مالك فى ضرب الحدود كلها وعند الشافعى وأبى حنيفة ماعدا القذف على ما سيأتى بعد ويضرب عند الجمهور قاعدا ولا يقام قائما خلافا لمن قال انه يقام لظاهر الآية ويستحب عند الجميع أن يحضر الامام عند اقامة الحدود طائفة من الناس لقوله تعالى (وليشهد عذابهما طائفة من المؤمنين) واختلفوا فيما يدل عليه اسم الطائفة فقال مالك أربعة وقيل ثلاثة وقيل اثنان وقيل سبعة وقيل ما فوقها وأما الوقت فان الجمهور على أنه لا يقام فى الحر الشديد ولا فى البرد ولا يقام على المريض وقال قوم يقام وبه قال أحمد واسحق واحتجا بحديث عمر انه أقام الحد على قدامة وهو مريض وسبب الخلاف معارضة الظواهر للمفهوم من الحد وهو أن يقام حيث لا يغلب على ظن المقيم له فوات نفس المحدود فمن نظر الى الأمر باقامة الحدود مطلقا من غير استثناء قال يحد المريض ومن نظر الى المفهوم من الحد قال لا يحد المريض حتى يبرأ وكذلك الأمر فى شدة الحر والبرد

﴿ الباب الثالث وهو معرفة ما تثبت به هذه الفاحشة ﴾

وأجمع العلماء على أن الزنا يثبت بالاقرار وبالشهادة واختلفوا فى ثبوته بظهور الحمل فى النساء الغير المزوجات اذا ادعين الاستكراه وكذلك اختلفوا فى شروط الاقرار وشروط الشهادة فأما الاقرار فانهم اختلفوا فيه فى موضعين أحدهما عدد مرات الاقرار الذى يلزم به الحد والموضع الثانى هل من شرطه أن لا يرجع عن الاقرار حتى يقام عليه الحد أما عدد الاقرار الذى يجب به الحد فان مالكا والشافعى يقولان يكفى فى وجوب الحد عليه اعترافه به مرة واحدة وبه قال داود وأبو ثور والطبرى وجماعة وقال أبو حنيفة وأصحابه وابن أبى ليلى لا يجب الحد الا باقارير أربعة مرة بعد مرة وبه قال أحمد واسحق وزاد أبو حنيفة وأصحابه فى مجالس متفرقة وعمدة مالك والشافعى ما جاء فى حديث أبى هريرة وزيد بن خالد من قوله عليه الصلاة والسلام اغد يا أنيس على امرأة هذا فان اعترفت فارجمها فاعترفت فرجمها ولم يذكر عددا وعمدة الكوفيين ما ورد من حديث سعيد بن جبير عن ابن عباس عن النبى عليه السلام أنه رد ماعزا حتى أقر أربع مرات ثم أمر برجمه وفى غيره من الأحاديث قالوا وما ورد فى بعض الروايات انه أقر مرة ومرتين

وثلاثا تقصير ومن قصر فليس بحجة على من حفظ ﴿وأما المسئلة الثانية﴾ وهى من اعترف بالزنا ثم رجع فقال جمهور العلماء يقبل رجوعه الا ابن أبى ليلى وعثمان البتى وفصل مالك فقال ان رجع الى شبهة قبل رجوعه وأما ان رجع الى غير شبهة فعنه فى ذلك روايتان احداهما يقبل وهى الرواية المشهورة والثانية لا يقبل رجوعه وانما صار الجمهور الى تأثير الرجوع فى الاقرار لما ثبت من تقريره صلى الله عليه وسلم ماعزا وغيره مرة بعد مرة لعله يرجع ولذلك لا يجب على من أوجب سقوط الحد بالرجوع أن يكون التمادى على الاقرار شرطا من شروط الحد وقد روى من طريق ان ماعزا لما رجم ومسته الحجارة هرب فاتبعوه فقال لهم ردونى الى رسول الله عليه الصلاة والسلام فقتلوه رجما وذكروا ذلك للنبى عليه الصلاة والسلام فقال هلا تركتموه لعله يتوب فيتوب الله عليه ومن هنا تعلق الشافعى بأن التوبة تسقط الحدود والجمهور على خلافه وعلى هذا يكون عدم التوبة شرطا ثالثا فى وجوب الحد وأما ثبوت الزنا بالشهود فان العلماء اتفقوا على أنه يثبت الزنا بالشهود وان العدد المشترط فى الشهود أربعة بخلاف سائر الحقوق لقوله تعالى (ثم لم يأتوا بأربعة شهداء) وان من صفتهم أن يكونوا عدولا وان من شرط هذه الشهادة أن تكون بمعاينة فرجه فى فرجها وأنها تكون بالتصريح لا بالكناية وجمهورهم على ان من شرط هذه الشهادة أن لا تختلف لا فى زمان ولا فى مكان الا ما حكى عن أبى حنيفة من مسئلة الزوايا المشهورة وهو أن يشهد كل واحد من الأربعة انه رآها فى ركن من البيت يطؤها غير الركن الذى رآه فيه الآخر وسبب الخلاف هل تلفق الشهادة المختلفة بالمكان أم لا تلفق كالشهادة المختلفة بالزمان فانهم أجمعوا على انها لا تلفق والمكان أشبه شئ بالزمان والظاهر من الشرع قصده الى التوثق فى ثبوت هذا الحد أكثر منه فى سائر الحدود وأما اختلافهم فى اقامة الحدود بظهور الحمل مع دعوى الاستكراه فان طائفة أوجبت فيه الحد على ماذكره مالك فى الموطأ من حديث عمر وبه قال مالك الا أن تكون جاءت بامارة على استكراهها مثل أن تكون بكرا فتأتى وهى تدمى أو تفضح نفسها بأثر الاستكراه وكذلك عنده الأمر اذا ادعت الزوجية الا أن تقيم البينة على ذلك ماعدا الطارئة فان ابن القاسم قال اذا ادعت الزوجية وكانت طارئة قبل قولها وقال أبو حنيفة والشافعى لا يقام عليها الحد بظهور الحمل مع دعوى الاستكراه وكذلك مع دعوى الزوجية وان لم تأت فى دعوى الاستكراه بامارة ولا فى دعوى الزوجية بينة لأنها بمنزلة من أقر ثم ادعى الاستكراه ومن الحجة لهم ماجاء فى حديث شراحة أن عليا رضى الله عنه قال لها استكرهت قالت لا قال فلعل رجلا أتاك فى نومك قالوا وروى الاثبات عن عمر أنه قبل قول امرأة ادعت أنها ثقيلة النوم وأن رجلا طرقها فمضى عنها ولم تدر من هو بعد ولا خلاف بين أهل الاسلام ان المستكرهة لا حد عليها وانما اختلفوا فى وجوب الصداق لها وسبب الخلاف هل الصداق عوض عن البضع أو هو نحلة فمن قال عوض عن البضع أوجبه فى البضع فى الحلية والحرمية ومن قال انه نحلة خص الله به الأزواج لم يوجبه وهذا الأصل كاف فى هذا الكتاب والله الموفق للصواب

﴿بسم الله الرحمن الرحيم وصلى الله على سيدنا محمد وآله وصحبه وسلم تسليما﴾

﴿كتاب القذف﴾

والنظر فى هذا الكتاب فى القذف والقاذف والمقذوف وفى العقوبة الواجبة فيه وبماذا تثبت والأصل

فى هذا الكتاب قوله تعالى (والذين يرمون المحصنات ثم لم يأتوا بأربعة شهداء) الآية فأما القاذف فانهم اتفقوا على أن من شرطه وصفين وهما البلوغ والعقل وسواء كان ذكرا أو أنثى حرا أو عبدا مسلما أو غير مسلم وأما المقذوف فاتفقوا على أن من شرطه أن يجتمع فيه خمسة أوصاف وهى البلوغ والحرية والعفاف والاسلام وأن يكون معه آلة الزنا فان انخرم من هذه الأوصاف وصف لم يجب الحد والجمهور بالجملة على اشتراط الحرية فى المقذوف ويحتمل أن يدخل فى ذلك خلاف ومالك يعتبر فى سن المرأة أن تطيق الوطء وأما القذف الذى يجب به الحد فاتفقوا على وجهين أحدهما أن يرمى القاذف المقذوف بالزنا والثانى أن ينفيه عن نسبه اذا كانت أمه حرة مسلمة واختلفوا ان كانت كافرة أو أمة فقال مالك سواء كانت حرة أو أمة أو مسلمة أو كافرة يجب الحد وقال ابراهيم النخعى لا حد عليه اذا كانت أم المقذوف أمة أو كتابية وهو قياس قول الشافعى وأبى حنيفة واتفقوا أن القذف اذا كان بهذين المعنيين انه اذا كان بلفظ صريح وجب الحد واختلفوا ان كان بتعريض فقال الشافعى وأبو حنيفة والثورى وابن أبى ليلى لا حد فى التعريض الا ان أبا حنيفة والشافعى يريان فيه التعزير وممن قال بقولهم من الصحابة ابن مسعود وقال مالك وأصحابه فى التعريض الحد وهى مسئلة وقعت فى زمان عمر فشاور عمر فيها الصحابة فاختلفوا فيها عليه فرأى عمر فيها الحد وعمدة مالك أن الكناية قد تقوم بعرف العادة والاستعمال مقام النص الصريح وان كان اللفظ فيها مستعملا فى غير موضعه أعنى مقولا بالاستعارة وعمدة الجمهور ان الاحتمال الذى فى الاسم المستعار شبهة والحدود تدرأ بالشبهات والحق ان الكناية قد تقوم فى مواضع مقام النص وقد تضعف فى مواضع وذلك انه اذا لم يكثر الاستعمال لها والذى يندرئ به الحد عن القاذف أن يثبت زنا المقذوف بأربعة شهود باجماع والشهود عند مالك اذا كانوا أقل من أربعة قذفة وعند غيره ليسوا بقذفة وانما اختلف المذهب فى الشهود الذين يشهدون على شهود الأصل والسبب فى اختلافهم هل يشترط فى نقل شهادة كل واحد منهم عدد شهود الأصل أم يكفى فى ذلك اثنان على الأصل المعتبر فيما سوى القذف اذ كانوا ممن لا يستقل بهم نقل الشهادة من قبل العدد وأما الحد فالنظر فيه فى جنسه وتوقيته ومسقطه أما جنسه فانهم اتفقوا على أنه ثمانون جلدة للقاذف الحر لقوله تعالى (ثمانين جلدة) واختلفوا فى العبد يقذف الحر كم حده فقال الجمهور من فقهاء الأمصار حده نصف حد الحر وذلك أربعون جلدة وروى ذلك عن الخلفاء الأربعة وعن ابن عباس وقالت طائفة حده حد الحر وبه قال ابن مسعود من الصحابة وعمر بن عبد العزيز وجماعة من فقهاء الأمصار أبو ثور والاوزاعى وداود وأصحابه من أهل الظاهر فعمدة الجمهور قياس حده فى القذف على حده فى الزنا وأما أهل الظاهر فتمسكوا فى ذلك بالعموم ولما أجمعوا أيضا ان حد الكتابى ثمانون فكان العبد أحرى بذلك وأما التوقيت فانهم اتفقوا على أنه اذا قذف شخصا واحدا مرارا كثيرة فعليه حد واحد اذا لم يحد لواحد منها وانه ان قذفه فحد ثم قذفه ثانية حد حدا ثانيا واختلفوا اذا قذف جماعة فقالت طائفة ليس عليه الا حد واحد جمعهم فى القذف أو فرقهم وبه قال مالك وأبو حنيفة والثورى وأحمد وجماعة وقال قوم بل عليه لكل واحد حد وبه قال الشافعى والليث وجماعة حتى روى عن الحسن بن حى أنه قال ان قال انسان من دخل هذه الدار فهو زان جلد الحد لكل من دخلها وقالت طائفة ان جمعهم فى كلمة واحدة مثل أن يقول لهم يا زناة فحد واحد وان قال لكل واحد منهم يا زانى

فعليه لكل انسان منهم حد فعمدة من لم يوجب على قاذف الجماعة الا حدا واحدا حديث أنس وغيره ان هلال بن أمية قذف امرأته بشريك بن سمحاء فرفع ذلك الى النبى عليه الصلاة والسلام فلاعن بينهما ولم يحده لشريك وذلك اجماع من أهل العلم فيمن قذف زوجته برجل وعمدة من رأى ان الحد لكل واحد منهم انه حق للآدميين وانه لو عفا بعضهم ولم يعف الكل لم يسقط الحد وأما من فرق بين قذفهم فى كلمة واحدة أو كلمات أو فى مجلس واحد أو فى مجالس فلانه رأى انه واجب أن يتعدد الحد بتعدد القذف لأنه اذا اجتمع تعدد المقذوف وتعدد القذف كان أوجب أن يتعدد الحد وأما سقوطه فانهم اختلفوا فى سقوطه بعفو القاذف فقال أبو حنيفة والثورى والاوزاعى لا يصح العفو أى لا يسقط الحد وقال الشافعى يصح العفو أى يسقط الحد بلغ الامام أو لم يبلغ وقال قوم ان بلغ الامام لم يجز العفو وان لم يبلغه جاز العفو واختلف قول مالك فى ذلك فمرة قال بقول الشافعى ومرة قال يجوز اذا لم يبلغ الامام وان بلغ لم يجز الا أن يريد بذلك المقذوف الستر على نفسه وهو المشهور عنه والسبب فى اختلافهم هل هو حق لله أو حق للآدميين أو حق لكليهما فمن قال حق لله لم يجز العفو كالزنا ومن قال حق للآدميين أجاز العفو ومن قال لكليهما وغلب حق الامام اذا وصل اليه قال بالفرق بين أن يصل الامام أو لا يصل وقياسا على الاثر الوارد فى السرقة وعمدة من رأى أنه حق للآدميين وهو الاظهر أن المقذوف اذا صدقه فيما قذفه به سقط عنه الحد وأما من يقيم الحد فلا خلاف أن الامام يقيمه فى القذف واتفقوا على أنه يجب على القاذف مع الحد سقوط شهادته مالم يتب واختلفوا اذا تاب فقال مالك تجوز شهادته وبه قال الشافعى وقال أبو حنيفة لا تجوز شهادته أبدا والسبب فى اختلافهم هل الاستثناء يعود الى الجملة المتقدمة أو يعود الى أقرب مذكور وذلك فى قوله تعالى (ولا تقبلوا لهم شهادة أبدا وأولئك هم الفاسقون الا الذين تابوا) فمن قال يعود الى أقرب مذكور قال التوبة ترفع الفسق ولا تقبل شهادته ومن رأى ان الاستثناء يتناول الأمرين جميعا قال التوبة ترفع الفسق ورد الشهادة وكون ارتفاع الفسق مع رد الشهادة أمر غير مناسب فى الشرع أى خارج عن الأصول لأن الفسق متى ارتفع قبلت الشهادة واتفقوا على أن التوبة لا ترفع الحد (وأما بماذا يثبت) فانهم اتفقوا على أنه يثبت بشاهدين عدلين حرين ذكرين واختلف فى مذهب مالك هل يثبت بشاهد ويمين وبشهادة النساء وهل تلزم فى الدعوى فيه يمين وان نكل فهل يحد بالنكول ويمين المدعى فهذه هى أصول هذا الباب التى تبنى عليه فروعه قال القاضى وان أنسأ الله فى العمر فسنضع كتابا فى الفروع على مذهب مالك بن أنس مرتبا ترتيبا صناعيا اذ كان المذهب المعمول به فى هذه الجزيرة التى هى جزيرة الأندلس حتى يكون به القارئ مجتهدا فى مذهب مالك لأن احصاء جميع الروايات عندى شئ ينقطع العمر دونه

﴿ باب فى شرب الخمر ﴾

والكلام فى هذه الجناية فى الموجب والواجب وبماذا تثبت هذه الجناية فاما الموجب فاتفقوا على انه شرب الخمر دون اكراه قليلها وكثيرها واختلفوا فى المسكرات من غيرها فقال أهل الحجاز حكمها حكم الخمر فى تحريمها وايجاب الحد على من شربها قليلا كان أو كثيرا سكر أو لم يسكر وقال أهل العراق المحرم منها هو السكر وهو الذى يوجب الحد وقد ذكرنا عمدة أدلة الفريقين فى كتاب الاطعمة والاشربة وأما الواجب فهو الحد والتفسيق الا أن تكون التوبة والتفسيق فى شارب الخمر باتفاق وان لم يبلغ حد السكر وفيمن

بلغ حد السكر فيما سوى الخمر واختلف الذين رأوا تحريم قليل الانبذة فى وجوب الحد وأكثر هؤلاء على وجوبه الا انهم اختلفوا فى مقدار الحد الواجب فقال الجمهور الحد فى ذلك ثمانون وقال الشافعى وأبو ثور وداود الحد فى ذلك أربعون هذا فى حد الحر وأما حد العبد فاختلفوا فيه فقال الجمهور هو على النصف من حد الحر وقال أهل الظاهر حد الحر والعبد سواء وهو أربعون وعند الشافعى عشرون وعند من قال ثمانون أربعون فعمدة الجمهور تشاور عمر والصحابة لما كثر فى زمانه شرب الخمر واشارة على عليه بان يجعل الحد ثمانين قياسا على حد الفرية فانه كما قيل عنه رضى الله عنه اذا شرب سكر واذا سكر هذى واذا هذى افترى وعمدة الفريق الثانى أن النبى صلى الله عليه وسلم لم يحد فى ذلك حدا وانما كان يضرب فيها بين يديه بالنعال ضربا غير محدود وان أبا بكر رضى الله عنه شاور أصحاب رسول الله صلى الله عليه وسلم كم بلغ ضرب رسول الله صلى الله عليه وسلم لشراب الخمر فقدروه باربعين وروى عن أبى سعيد الخدرى أن رسول الله صلى الله عليه وسلم ضرب فى الخمر بنعلين أربعين فجعل عمر مكان كل نعل سوطا وروى من طريق آخر عن أبى سعيد الخدرى ماهو أثبت من هذا وهو أن رسول الله صلى الله عليه وسلم ضرب فى الخمر أربعين وروى هذا عن على عن النبى عليه السلام من طريق أثبت وبه قال الشافعى وأما من يقيم هذا الحد فاتفقوا على أن الامام يقيمه وكذلك الأمر فى سائر الحدود واختلفوا فى اقامة السادات الحدود على عبيدهم فقال مالك يقيم السيد على عبده حد الزنا وحد القذف اذا شهد عنده الشهود ولا يفعل ذلك بعلم نفسه ولا يقطع فى السرقة الا الامام وبه قال الليث وقال أبو حنيفة لا يقيم الحدود على العبيد الا الامام وقال الشافعى يقيم السيد على عبده جميع الحدود وهو قول أحمد واسحق وأبى ثور فعمدة مالك الحديث المشهور أن رسول الله صلى الله عليه وسلم سئل عن الامة اذا زنت ولم تحصن فقال ان زنت فاجلدوها ثم ان زنت فاجلدوها ثم ان زنت فاجلدوها ثم بيعوها ولو بضفير وقوله عليه السلام اذا زنت أمة أحدكم فليجلدها وأما الشافعى فاعتمد مع هذه الاحاديث ماروى عنه صلى الله عليه وسلم من حديث على انه قال أقيموا الحدود على ماملكت أيمانكم ولانه أيضا مروى عن جماعة من الصحابة ولا مخالف لهم منهم ابن عمر وابن مسعود وأنس وعمدة أبى حنيفة الاجماع على ان الاصل فى اقامة الحدود هو السلطان وروى عن الحسن وعمر بن عبد العزيز وغيرهم انهم قالوا الجمعة والزكاة والفىء والحكم الى السلطان

﴿فصل﴾ وأما بماذا يثبت هذا الحد فاتفق العلماء على انه يثبت بالاقرار وبشهادة عدلين واختلفوا فى ثبوته بالرائحة فقال مالك وأصحابه وجمهور أهل الحجاز يجب الحد بالرائحة اذا شهد بها عند الحاكم شاهدان عدلان وخالفه فى ذلك الشافعى وأبو حنيفة وجمهور أهل العراق وطائفة من أهل الحجاز وجمهور علماء البصرة فقالوا لا يثبت الحد بالرائحة فعمدة من أجاز الشهادة على الرائحة تشبيهها بالشهادة على الصوت والخط وعمدة من لم يثبتها اشتباه الروائح والحد يدرأ بالشبهة

﴿بسم الله الرحمن الرحيم وصلى الله على سيدنا محمد وآله وصحبه وسلم تسليما﴾

﴿كتاب السرقة﴾

والنظر فى هذا الكتاب فى حد السرقة وفى شروط المسروق الذى يجب به الحد وفى صفات السارق الذى

يجب عليه الحد وفى العقوبة وفيما تثبت به هذه الجناية فأما السرقة فهى أخذ مال الغير مستترا من غير ان يؤتمن عليه وانما قلنا هذا لانهم أجمعوا انه ليس فى الخيانة ولا فى الاختلاس قطع الا اياس بن معاوية فانه أوجب فى الخلسة القطع وذلك مروى عن النبى عليه السلام وأوجب أيضا قوم القطع على من استعار حليا أو متاعا ثم جحده لمكان حديث المرأة المخزومية المشهور انها كانت تستعير الحلى وأن رسول الله صلى الله عليه وسلم قطعها لموضع جحودها وبه قال أحمد واسحق والحديث حديث عائشة قالت كانت امرأة مخزومية تستعير المتاع وتجحده فأمر النبى عليه السلام بقطع يدها فأتى اسامة أهلها فكلموه فكلم أسامة النبى عليه السلام فقال النبى عليه السلام يا أسامة لا أراك تتكلم فى حد من حدود الله ثم قام النبى عليه السلام خطيبا فقال انما أهلك من كان قبلكم انه اذا سرق فيهم الشريف تركوه واذا سرق فيهم الضعيف قطعوه والذى نفسى بيده لو كانت فاطمة بنت محمد لقطعتها ورد الجمهور هذا الحديث لانه مخالف للاصول وذلك ان المعار مأمون وانه لم يأخذ بغير اذن فضلا ان يأخذ من حرز قالوا وفى الحديث حذف وهو انها سرقت مع انها جحدت ويدل على ذلك قوله عليه السلام انما أهلك من كان قبلكم انه اذا سرق فيهم الشريف تركوه قالوا وروى هذا الحديث الليث بن سعد عن الزهرى باسناده فقال فيه ان المخزومية سرقت قالوا وهذا يدل على انها فعلت الامرين جميعا الجحد والسرقة وكذلك أجمعوا على انه ليس على الغاصب ولا على المكابر المغالب قطع الا ان يكون قاطع طريق شاهر السلاح على المسلمين مخيفا للسبيل فحكمه حكم المحارب على ما سيأتى فى حد المحارب وأما السارق الذى يجب عليه حد السرقة فانهم اتفقوا على ان من شرطه ان يكون مكلفا وسواء كان حرا أو عبدا ذكرا أو أنثى أو مسلما أو ذميا الا ما روى فى الصدر الاول من الخلاف فى قطع يد العبد الآبق اذا سرق وروى ذلك عن ابن عباس وعثمان ومروان وعمر بن عبد العزيز ولم يختلف فيه بعد العصر المتقدم فمن رأى أن الاجماع ينعقد بعد وجود الخلاف فى العصر المتقدم كانت المسئلة عنده قطعية ومن لم ير ذلك تمسك بعموم الأمر بالقطع ولا حجة لمن لم ير القطع على العبد الآبق الا تشبيه سقوط الحد عنه بسقوط شطره أعنى الحدود التى تتشطر فى حق العبيد وهو تشبيه ضعيف وأما المسروق فان له شرائط مختلفا فيها فمن أشهرها اشتراط النصاب وذلك ان الجمهور على اشتراطه الا ما روى عن الحسن البصرى انه قال القطع فى قليل المسروق وكثيره لعموم قوله تعالى (والسارق والسارقة فاقطعوا أيديهما) الآية وربما احتجوا بحديث أبى هريرة خرجه البخارى ومسلم عن النبى عليه السلام انه قال لعن الله السارق يسرق البيضة فتقطع يده ويسرق الحبل فتقطع يده وبه قالت الخوارج وطائفة من المتكلمين والذين قالوا باشتراط النصاب فى وجوب القطع وهم الجمهور اختلفوا فى قدره اختلافا كثيرا الا ان الاختلاف المشهور من ذلك الذى يستند الى أدلة ثابتة وهو قولان أحدهما قول فقهاء الحجاز مالك والشافعى وغيرهم والثانى قول فقهاء العراق أما فقهاء الحجاز فأوجبوا القطع فى ثلاثة دراهم من الفضة وربع دينار من الذهب واختلفوا فيما تقوم به سائر الاشياء المسروقة مما عدا الذهب والفضة فقال مالك فى المشهور تقوم بالدراهم لا بالربع دينار أعنى اذا اختلفت الثلاثة دراهم مع الربع دينار لاختلاف الصرف مثل ان يكون الربع دينار فى وقت درهمين ونصفا وقال الشافعى الأصل فى تقويم الأشياء هو الربع دينار وهو الاصل أيضا للدراهم فلا يقطع عنده فى الثلاثة دراهم الا ان

ربع دينار وأما مالك فالدنانير والدراهم عنده كل واحد منهما معتبر بنفسه وقد روى بعض البغداديين عنه انه ينظر فى تقويم العروض الى الغالب فى نقود أهل ذلك البلد فان كان الغالب الدراهم قومت بالدراهم وان كان الغالب الدنانير قومت بالربع دينار وأظن ان فى المذهب من يقول ان الربع دينار يقوم بالثلاثة دراهم و بقول الشافعى فى التقويم قال أبو ثور والاوزاعى وداود و بقول مالك المشهور قال أحمد أعنى بالتقويم بالدراهم وأما فقهاء العراق فالنصاب الذى يجب القطع فيه هو عندهم عشرة دراهم لا يجب فى أقل منه وقد قال جماعة منهم ابن أبى ليلى وابن شبرمة لا تقطع اليد فى أقل من خمسة دراهم وقد قيل فى أربعة دراهم وقال عثمان البتى فى درهمين فعمدة فقهاء الحجاز ما رواه مالك عن نافع عن ابن عمر ان النبى عليه الصلاة والسلام قطع فى مجن قيمته ثلاثة دراهم وحديث عائشة أوقفه مالك وأسنده البخارى ومسلم الى النبى عليه الصلاة والسلام انه قال تقطع اليد فى ربع دينار فصاعدا وأما عمدة فقهاء العراق فحديث ابن عمر المذكور قالوا ولكن قيمة المجن هو عشرة دراهم وروى ذلك فى أحاديث قالوا وقد خالف ابن عمر فى قيمة المجن من الصحابة كثير ممن رأى القطع فى المجن كابن عباس وغيره وقد روى محمد ابن اسحق عن عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده قال قال رسول الله صلى الله عليه وسلم لا تقطع يد السارق فيما دون ثمن المجن قال وكان ثمن المجن على عهد النبى عليه الصلاة والسلام عشرة دراهم وروى ذلك محمد بن اسحق عن أيوب بن موسى عن عطاء عن ابن عباس قال كان ثمن المجن على عهد رسول الله صلى الله عليه وسلم عشرة دراهم قالوا واذا وجد الخلاف فى ثمن المجن وجب أن لا تقطع اليد الا بيقين وهذا الذى قالوه هو كلام حسن لولا حديث عائشة وهو الذى اعتمده الشافعى فى هذه المسئلة وجعل الأصل هو الربع دينار وأما مالك فاعتضد عنده حديث ابن عمر بحديث عثمان الذى رواه وهو انه قطع فى أترجة قومت بثلاثة دراهم والشافعى يعتذر عن حديث عثمان من قبل ان الصرف كان عندهم فى ذلك الوقت اثنا عشر درهما[7] والقطع فى ثلاثة دراهم أحفظ للاموال والقطع فى عشرة دراهم أدخل فى باب التجاوز والصفح عن يسير المال وشرف العضو والجمع بين حديث ابن عمر وحديث عائشة وفعل عثمان ممكن على مذهب الشافعى وغير ممكن على مذهب غيره فان كان الجمع أولى من الترجيح فمذهب الشافعى أولى المذاهب فهذا هو أحد الشروط المشترطة فى القطع واختلفوا من هذا الباب فى فرع مشهور وهو اذا سرقت الجماعة ما يجب فيه القطع أعنى نصابا دون أن يكون حظ كل واحد منهم نصابا وذلك بان يخرجوا النصاب من الحرز معا مثل أن يكون عدلا أو صندوقا يساوى النصاب فقال مالك يقطعون جميعا وبه قال الشافعى وأحمد وأبو ثور وقال أبو حنيفة لا قطع عليهم حتى يكون ما أخذه كل واحد منهم نصابا فمن قطع الجميع رأى العقوبة انما تتعلق بقدر مال المسروق أى ان هذا القدر من المال المسروق هو الذى يوجب القطع لحفظ المال ومن رأى ان القطع انما علق بهذا القدر لا بما دونه لمكان حرمة اليد قال لا تقطع أيد كثيرة فيما أوجب الشرع فيه قطع يد واحدة واختلفوا متى يقدر المسروق فقال مالك يوم السرقة وقال أبو حنيفة يوم الحكم عليه بالقطع * وأما الشرط الثانى فى وجوب هذا الحد فهو الحرز وذلك ان جميع فقهاء الامصار الذين تدور عليهم الفتوى وأصحابهم متفقون على اشتراط الحرز فى وجوب

---

(٧) هكذا هذه العبارة بجميع الاصول ولينظر ما معناها اه مصححه

القطع وان كان قد اختلفوا فيما هو حرز مما ليس بحرز والاشبه أن يقال فى حد الحرز انه ماشأنه أن تحفظ به الاموال كى يعسر أخذها مثل الاغلاق والحظائر وما أشبه ذلك وفى الفعل الذى اذا فعله السارق اتصف بالاخراج من الحرز على ماسنذكره بعد وممن ذهب الى هذا مالك وأبو حنيفة والشافعى والثورى وأصحابهم وقال أهل الظاهر وطائفة من أهل الحديث القطع على من سرق النصاب وان سرقه من غير حرز فعمدة الجمهور حديث عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده عن النبى عليه الصلاة والسلام انه قال لاقطع فى ثمر معلق ولا فى حريسة جبل فاذا أواه المراح أو الجرين فالقطع فيما بلغ ثمن المجن ومرسل مالك أيضا عن عبدالله بن عبد الرحمن بن أبى حسين المكى بمعنى حديث عمرو بن شعيب وعمدة أهل الظاهر عموم قوله تعالى (والسارق والسارقة فاقطعوا أيديهما) الآية قالوا فوجب أن تحمل الآية على عمومها الا ما خصصته السنة الثابتة من ذلك وقد خصصت السنة الثابتة المقدار الذى يقطع فيه من الذى لا يقطع فيه وردوا حديث عمرو بن شعيب لموضع الاختلاف الواقع فى أحاديث عمرو بن شعيب وقال أبو عمر بن عبد البر أحاديث عمرو بن شعيب العمل بها واجب اذا رواها الثقات وأما الحرز عند الذين أوجبوه فانهم اتفقوا منه على أشياء واختلفوا فى أشياء مثل اتفاقهم على أن باب البيت وغلقه حرز واختلافهم فى الاوعية ومثل اتفاقهم على ان من سرق من بيت دار غير مشتركة السكنى انه لا يقطع حتى يخرج من الدار واختلافهم فى الدار المشتركة فقال مالك وكثير ممن اشترط الحرز تقطع يده اذا أخرج من البيت وقال أبو يوسف ومحمد لا قطع عليه الا اذا أخرج من الدار ومنها اختلافهم فى القبر هل هو حرز حتى يجب القطع على النباش أو ليس بحرز فقال مالك والشافعى وأحمد وجماعة هو حرز وعلى النباش القطع وبه قال عمر بن عبد العزيز وقال أبو حنيفة لا قطع عليه وكذلك قال سفيان الثورى وروى ذلك عن زيد بن ثابت والحرز عند مالك بالجملة هو كل شئ جرت العادة بحفظ ذلك الشئ المسروق فيه فمرابط الدواب عنده احراز وكذلك الاوعية وما على الانسان من اللباس فالانسان حرز لكل ما عليه أو هو عنده واذا توسد النائم شيأ فهو له حرز على ما جاء فى حديث صفوان بن أمية وسيأتى بعد وما أخذه من المنتبه فهو اختلاس ولا يقطع عند مالك سارق ما كان على الصبى من الحلى أو غيره الا أن يكون معه حافظ يحفظه ومن سرق من الكعبة شيأ لم يقطع عنده وكذلك من المساجد وقد قيل فى المذهب انه ان سرق منها ليلا قطع وفروع هذا الباب كثيرة فيما هو حرز وما ليس بحرز واتفق القائلون بالحرز على ان كل من سمى مخرجا للشئ من حرزه وجب عليه القطع وسواء كان داخل الحرز أو خارجه واذا ترددت التسمية وقع الخلاف مثل اختلاف المذهب اذا كان سارقان أحدهما داخل البيت والآخر خارجه فقرب أحدهما المتاع المسروق الى ثقب فى البيت فتناوله الآخر فقيل القطع على الخارج المتناول له وقيل لا قطع على واحد منهما وقيل القطع على المقرب للمتاع من الثقب والخلاف فى هذا كله آيل الى انطلاق اسم المخرج من الحرز عليه أولا انطلاقه فهذا هو القول فى الحرز واشتراطه فى وجوب القطع ومن رمى بالمسروق من الحرز ثم أخذه خارج الحرز قطع وقد توقف مالك فيه اذا أخذ بعد رميه وقبل أن يخرج وقال ابن القاسم يقطع

﴿فصل﴾ وأما اجناس المسروق فان العلماء اتفقوا على ان كل متملك غير ناطق يجوز بيعه وأخذ العوض منه فانه يجب فى سرقته القطع ما عدا الاشياء الرطبة المأكولة والاشياء التى أصلها مباحة فانهم اختلفوا

فى ذلك فذهب الجهور الى ان القطع فى كل متمول يجوز بيعه وأخذ العوض فيه وقال أبو حنيفة لا قطع فى الطعام ولا فيما أصله مباح كالصيد والحطب والحشيش فعمدة الجهور عموم الآية الموجبة للقطع وعموم الآثار الواردة فى اشتراط النصاب وعمدة أبى حنيفة فى منعه القطع فى الطعام الرطب قوله عليه السلام لاقطع فى ثمر ولا كثر وذلك ان هذا الحديث روى هكذا مطلقا من غير زيادة وعمدته أيضا فى منع القطع فيما أصله مباح الشبهة التى فيه لكل مالك وذلك انهم اتفقوا على ان من شرط المسروق الذى يجب فيه القطع ان لا يكون للسارق فيه شبهة ملك واختلفوا فيما هو شبهة تدرأ الحد مما ليس بشبهة وهذا هو أيضا أحد الشروط المشترطة فى المسروق هو فى ثلاثة مواضع فى جنسه وقدره وشروطه وستأتى هذه المسئلة فيما بعد واختلفوا من هذا الباب أعنى من النظر فى جنس المسروق فى المصحف فقال مالك والشافعى يقطع سارقه وقال أبو حنيفة لا يقطع ولعل هذا من أبى حنيفة بناء على انه لا يجوز بيعه أو ان لكل أحد فيه حقا اذ ليس بمال واختلفوا من هذا الباب فيمن سرق صغيرا مملوكا أعجميا ممن لا يفقه ولا يعقل الكلام فقال الجهور يقطع وأما ان كان كبيرا يفقه فقال مالك يقطع وقال أبو حنيفة لا يقطع واختلفوا فى الحر الصغير فعند مالك ان سارقه يقطع ولا يقطع عند أبى حنيفة وهو قول ابن الماجشون من أصحاب مالك واتفقوا كما قلنا ان شبهة الملك القوية تدرأ هذا الحد واختلفوا فيما هو شبهة يدرأ من ذلك مما لا يدرأ فمنها العبد يسرق مال سيده فان الجهور من العلماء على انه لا يقطع وقال أبو ثور يقطع ولم يشترط شرطا وقال أهل الظاهر يقطع الا ان يأتمنه سيده واشترط مالك فى الخادم الذى يجب ان يدرأ عنه الحد ان يكون يلى الخدمة لسيده بنفسه والشافعى مرة اشترط هذا ومرة لم يشترطه و يدرء الحد قال عمر رضى الله عنه وابن مسعود ولا مخالف لهم من الصحابة ومنها أحد الزوجين يسرق من مال الآخر فقال مالك اذا كان كل واحد ينفرد ببيت فيه متاعه فالقطع على من سرق من مال صاحبه وقال الشافعى الاحتياط أن لا قطع على أحد الزوجين لشبهة الاختلاط وشبهة المال وقد روى عنه مثل قول مالك واختاره المزنى ومنها القرابات فذهب مالك فيها أن لا يقطع الاب فيما سرق من مال الابن فقط لقوله عليه الصلاة والسلام أنت ومالك لابيك ويقطع ما سواهم من القرابات وقال الشافعى لا يقطع عمود النسب الأعلى والأسفل يعنى الأب والأجداد والأبناء وأبناء الابناء وقال أبو حنيفة لا يقطع ذو الرحم المحرمة وقال أبو ثور تقطع يد كل من سرق الا ما خصصه الاجماع ومنها اختلافهم فيمن سرق من المغنم أو من بيت المال فقال مالك يقطع وقال عبد الملك من أصحابه لا يقطع فهذا هو القول فى الاشياء التى يجب بها ما يجب فى هذه الجناية

﴿ القول فى الواجب ﴾

وأما الواجب فى هذه الجناية اذا وجدت بالصفات التى ذكرنا أعنى الموجودة فى السارق وفى الشئ المسروق وفى صفة السرقة فانهم اتفقوا على ان الواجب فيه القطع من حيث هى جناية والغرم اذا لم يجب القطع واختلفوا هل يجمع الغرم مع القطع فقال قوم عليه الغرم مع القطع وبه قال الشافعى وأحمد والليث وأبو ثور وجماعة وقال قوم ليس عليه غرم اذا لم يجد المسروق منه متاعه بعينه وممن قال بهذا القول أبو حنيفة والثورى وابن أبى ليلى وجماعة وفرق مالك وأصحابه فقال ان كان موسرا اتبع السارق بقيمة المسروق وان كان معسرا لم يتبع به اذا أثرى واشترط مالك دوام اليسر الى يوم القطع فيما حكى عنه

ابن القاسم فعمدة من جمع بين الأمرين انه اجتمع فى السرقة حقان حق لله وحق للآدمى فاقتضى كل حق موجبه وأيضا فانهم لما أجمعوا على أخذه منه اذا وجد بعينه لزم اذا لم يوجد بعينه عنده أن يكون فى ضمانه قياسا على سائر الاموال الواجبة وعمدة الكوفيين حديث عبد الرحمن بن عوف أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال لا يغرم السارق اذا أقيم عليه الحد وهذا الحديث مضعف عند أهل الحديث قال أبو عمر لانه عندهم مقطوع قال وقد وصله بعضهم وخرجه النسائى والكوفيون يقولون ان اجتماع حقين فى حق واحد مخالف للاصول ويقولون ان القطع هو بدل من الغرم ومن هنا يرون انه اذا سرق شيأ ما فقطع فيه ثم سرقه ثانيا انه لا يقطع فيه وأما تفرقة مالك فاستحسان على غير قياس وأما القطع فالنظر فى محله وفيمن سرق وقد عدم المحل أما محل القطع فهو اليد اليمين باتفاق من الكوع وهو الذى عليه الجمهور وقال قوم الاصابع فقط فاما اذا سرق من قد قطعت يده اليمنى فى السرقة فانهم اختلفوا فى ذلك فقال أهل الحجاز والعراق تقطع رجله اليسرى بعد اليد اليمنى وقال بعض أهل الظاهر وبعض التابعين تقطع اليد اليسرى بعد اليمنى ولا يقطع منه غير ذلك واختلف مالك والشافعى وأبو حنيفة بعد اتفاقهم على قطع الرجل اليسرى بعد اليد اليمنى هل يقف القطع ان سرق ثالثة أم لا فقال سفيان وأبو حنيفة يقف القطع فى الرجل وانما عليه فى الثالثة الغرم فقط وقال مالك والشافعى ان سرق ثالثة قطعت يده اليسرى ثم ان سرق رابعة قطعت رجله اليمنى وكلا القولين مروى عن عمر وأبى بكر أعنى قول مالك وأبى حنيفة فعمدة من لم ير الاقطع اليد قوله تعالى (والسارق والسارقة فاقطعوا أيديهما) ولم يذكر الارجل الا فى المحاربين فقط وعمدة من قطع الرجل بعد اليد ماروى ان النبى صلى الله عليه وسلم أتى بعبد سرق فقطع يده اليمنى ثم الثانية فقطع رجله ثم أتى به فى الثالثة فقطع يده اليسرى ثم أتى به فى الرابعة فقطع رجله وروى هذا من حديث جابر بن عبد الله وفيه ثم أخذه الخامسة فقتله الا أنه منكر عند أهل الحديث ويرده قوله عليه الصلاة والسلام هن فواحش وفيهن عقوبة ولم يذكر قتلا وحديث ابن عباس ان النبى عليه الصلاة والسلام قطع الرجل بعد اليد وعند مالك انه يؤدب فى الخامسة فاذا ذهب محل القطع من غير سرقة بان كانت اليد شلاء فقيل فى المذهب ينتقل القطع الى اليد اليسرى وقيل الى الرجل واختلف فى موضع القطع من القدم فقيل يقطع من المفصل الذى فى أصل السارق وقيل يدخل الكعبان فى القطع وقيل لا يدخلان وقيل انها تقطع من المفصل الذى فى وسط القدم واتفقوا على أن لصاحب السرقة ان يعفو عن السارق مالم يرفع ذلك الى الامام لما روى عمرو ابن شعيب عن أبيه عن جده أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال تعافوا الحدود بينكم فما بلغنى من حد فقد وجب وقوله عليه الصلاة والسلام لو كانت فاطمة بنت محمد لاقمت عليها الحد وقوله لصفوان هلا كان ذلك قبل أن تأتينى به واختلفوا فى السارق يسرق ما يجب فيه القطع فيرفع الى الامام وقد وهبه صاحب السرقة ماسرقه أو يهبه له بعد الرفع وقبل القطع فقال مالك والشافعى عليه الحد لأنه قد رفع الى الامام وقال أبو حنيفة وطائفة لا حد عليه فعمدة الجمهور حديث مالك عن ابن شهاب عن صفوان بن عبد الله ابن صفوان بن أمية انه قيل له ان من لم يهاجر هلك فقدم صفوان بن أمية الى المدينة فنام فى المسجد

وتوسد رداءه فجاءه سارق فأخذ رداءه فأخذ صفوان السارق فجاء به الى رسول الله صلى الله عليه وسلم فأمر به رسول الله صلى الله عليه وسلم أن تقطع يده فقال صفوان لم أرد هذا يا رسول الله هو عليه صدقة فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم فهلا قبل أن تأتيني به

﴿ القول فيما تثبت به السرقة ﴾

واتفقوا على ان السرقة تثبت بشاهدين عدلين وعلى أنها تثبت باقرار الحر واختلفوا فى اقرار العبد فقال جمهور فقهاء الامصار اقراره على نفسه موجب لحده وليس يوجب عليه غرما وقال زفر لا يجب اقرار العبد على نفسه بما يوجب قتله ولا قطع يده لكونه مالا لمولاه وبه قال شريح والشافعى وقتادة وجماعة وان رجع عن الاقرار الى شبهة قبل رجوعه وان رجع الى غير شبهة فعن مالك فى ذلك روايتان هكذا حكى البغداديون عن المذهب وللمتأخرين فى ذلك تفصيل ليس يليق بهذا الغرض وانما هو لائق بتفريع المذهب

﴿ بسم الله الرحمن الرحيم وصلى الله على سيدنا محمد وآله وصحبه وسلم تسليما ﴾

﴿ كتاب الحرابة ﴾

والأصل فى هذا الكتاب قوله تعالى (انما جزاء الذين يحاربون الله ورسوله) الآية وذلك ان هذه الآية عند الجمهور هى فى المحاربين وقال بعض الناس انها نزلت فى النفر الذين ارتدوا فى زمان النبى عليه الصلاة والسلام واستاقوا الابل فأمر بهم رسول الله صلى الله عليه وسلم فقطعت أيديهم وأرجلهم وسملت أعينهم والصحيح انها فى المحاربين لقوله تعالى (الا الذين تابوا من قبل أن تقدروا عليهم) وليس عدم القدرة عليهم مشترطة فى توبة الكفار فبقى انها فى المحاربين والنظر فى أصول هذا الكتاب ينحصر فى خمسة أبواب أحدها النظر فى الحرابة والثانى النظر فى المحارب والثالث فيما يجب على المحارب والرابع فى مسقط الواجب عنه وهى التوبة والخامس بماذا تثبت هذه الجناية

﴿ الباب الأول ﴾

فأما الحرابة فاتفقوا على أنها اشهار السلاح وقطع السبيل خارج المصر واختلفوا فيمن حارب داخل المصر فقال مالك داخل المصر وخارجه سواء واشترط الشافعى الشوكة وان كان لم يشترط العدد وانما معنى الشوكة عنده قوة المغالبة ولذلك يشترط فيها البعد عن العمران لأن المغالبة انما تتأتى بالبعد من العمران وكذلك يقول الشافعى أنه اذا ضعف السلطان ووجدت المغالبة فى المصر كانت محاربة وأما غير ذلك فهو عنده اختلاس وقال أبو حنيفة لا تكون محاربة فى المصر

﴿ الباب الثانى ﴾

فأما المحارب فهو كل من كان دمه محقونا قبل الحرابة وهو المسلم والذمى

﴿ الباب الثالث ﴾

وأما ما يجب على المحارب فاتفقوا على انه يجب عليه حق لله وحق للآدميين واتفقوا على ان حق الله هو القتل والصلب وقطع الايدى وقطع الارجل من خلاف والنفى على ما نص الله تعالى فى آية الحرابة واختلفوا فى هذه العقوبات هل هى على التخيير أو مرتبة على قدر جناية المحارب فقال مالك ان قتل

فلابد من قتله وليس للامام تخيير فى قطعه ولا فى نفيه وانما التخيير فى قتله أو صلبه وأما ان أخذ المال ولم يقتل فلا تخيير فى نفيه وانما التخيير فى قتله أو صلبه أو قطعه من خلاف وأما اذا أخاف السبل فقط فالامام عنده مخير فى قتله أو صلبه أو قطعه أو نفيه ومعنى التخيير عنده ان الأمر راجع فى ذلك الى اجتهاد الامام فان كان المحارب ممن له الرأى والتدبير فوجه الاجتهاد قتله أو صلبه لأن القطع لا يرفع ضرره وان كان لا رأى له وانما هو ذو قوة و بأس قطعه من خلاف وان كان ليس فيه شئ من هاتين الصفتين أخذ بأيسر ذلك فيه وهو الضرب والنفى وذهب الشافعى وأبو حنيفة وجماعة من العلماء الى أن هذه العقوبة هى مرتبة على الجنايات المعلوم من الشرع ترتيبها عليه فلا يقتل من المحاربين الا من قتل ولا يقطع الا من أخذ المال ولا ينفى الا من لم يأخذ المال ولا قتل وقال قوم بل الامام مخير فيهم على الاطلاق وسواء قتل أو لم يقتل أخذ المال أو لم يأخذه وسبب الخلاف هل حرف أو فى الآية للتخيير أو للتفصيل على حسب جناياتهم ومالك حمل البعض من المحاربين على التفصيل والبعض على التخيير واختلفوا فى معنى قوله أو يصلبوا فقال قوم انه يصلب حتى يموت جوعا وقال قوم بل معنى ذلك انه يقتل و يصلب معا وهؤلاء منهم من قال يقتل أولا ثم يصلب وهو قول أشهب وقيل انه يصلب حيا ثم يقتل فى الخشبة وهو قول ابن القاسم وابن الماجشون ومن رأى أنه يقتل أولا ثم يصلب صلى عليه عنده قبل الصلب ومن رأى أنه يقتل فى الخشبة فقال بعضهم لا يصلى عليه تنكيلا له وقيل يقف خلف الخشبة و يصلى عليه وقال سحنون اذا قتل فى الخشبة أنزل منها وصلى عليه وهل يعاد الى الخشبة بعد الصلاة فيه قولان عنه وذهب أبو حنيفة وأصحابه انه لا يبقى على الخشبة أكثر من ثلاثة أيام وأما قوله أو تقطع أيديهم وأرجلهم من خلاف فمعناه ان تقطع يده اليمنى ورجله اليسرى ثم ان عاد قطعت يده اليسرى ورجله اليمنى واختلف اذا لم تكن له اليمنى فقال ابن القاسم تقطع يده اليسرى ورجله اليمنى وقال أشهب تقطع يده اليسرى ورجله اليسرى واختلف أيضا فى قوله أو ينفوا من الأرض فقيل ان النفى هو السجن وقيل ان النفى هو أن ينفى من بلد الى بلد فيسجن فيه الى أن تظهر توبته وهو قول ابن القاسم عن مالك ويكون بين البلدين أقل ما تقصر فيه الصلاة والقولان عن مالك و بالأول قال أبو حنيفة وقال ابن الماجشون معنى النفى هو فرارهم من الامام لاقامة الحد عليهم فاما أن ينفى بعد أن يقدر عليه فلا وقال الشافعى أما النفى فغير مقصود ولكن ان هربوا شردناهم فى البلاد بالاتباع وقيل هى عقوبة مقصودة فقيل على هذا ينفى ويسجن دائما وكلها عن الشافعى وقيل معنى أو ينفوا أى من أرض الاسلام الى أرض الحرب والذى يظهر ان النفى هو تغريبهم عن وطنهم لقوله تعالى (ولو أنا كتبنا عليهم أن اقتلوا أنفسكم أو اخرجوا من دياركم) الآية فسوى بين النفى والقتل وهى عقوبة معروفة بالعادة من العقوبات كالضرب والقتل وكل ما يقال فيه سوى هذا فليس معروفا لا بالعادة ولا بالعرف

﴿ الباب الرابع ﴾

وأما ما يسقط الحق الواجب عليه فان الأصل فيه قوله تعالى (الا الذين تابوا من قبل أن تقدروا عليهم) واختلف من ذلك فى أربعة مواضع أحدها هل تقبل توبته والثانى ان قبلت فما صفة المحارب الذى تقبل توبته فان لاهل العلم فى ذلك قولين قول انه تقبل توبته وهو أشهر لقوله تعالى (الا الذين تابوا من قبل أن تقدروا عليهم) وقول انه لا تقبل توبته قال ذلك من قال ان الآية لم تنزل فى المحاربين وأما صفة

التى تسقط الحكم فانهم اختلفوا فيها على ثلاثة أقوال أحدها ان توبته تكون بوجهين أحدهما أن يترك ماهو عليه وان لم يأت الامام والثانى ان يلقى سلاحه ويأتى الامام طائعا وهو مذهب ابن القاسم والقول الثانى ان توبته انما تكون بان يترك ماهو عليه ويجلس فى موضعه ويظهر لجيرانه ان أتى الامام قبل أن تظهر توبته أقام عليه الحد وهذا هو قول ابن الماجشون والقول الثالث ان توبته انما تكون بالمجىء الى الامام وان ترك ماهو عليه لم يسقط ذلك عنه حكما من الاحكام ان أخذ قبل أن يأتى الامام وتحصيل ذلك هو ان توبته قيل انها تكون بان يأتى الامام قبل أن يقدر عليه وقيل انها انما تكون اذا ظهرت توبته قبل القدرة فقط وقيل تكون بالأمرين جميعا وأما صفة المحارب الذى تقبل توبته فانهم اختلفوا فيها أيضا على ثلاثة أقوال أحدها ان يلحق بدار الحرب والثانى ان تكون له فئة والثالث كيفما كان كانت له فئة أولم تكن لحق بدار الحرب أولم يلحق واختلف فى المحارب اذا امتنع فأمنه الامام على ان ينزل فقيل له الامان ويسقط عنه حد الحرابة وقيل لاأمان له لأنه انما يؤمن المشرك وأما ماتسقط عنه التوبة فاختلفوا فى ذلك على أربعة أقوال أحدها ان التوبة انما تسقط عنه حد الحرابة فقط ويؤخذ بما سوى ذلك من حقوق الله وحقوق الآدميين وهو قول مالك والقول الثانى ان التوبة تسقط عنه حد الحرابة وجميع حقوق الله من الزنا والشراب والقطع فى السرقة ويتبع بحقوق الناس من الاموال والدماء الاأن يعفو أولياء المقتول والثالث ان التوبة ترفع جميع حقوق الله ويؤخذ بالدماء وفى الاموال بما وجد بعينه فى أيديهم ولا تتبع ذممهم والقول الرابع ان التوبة تسقط جميع حقوق الله وحقوق الآدميين من مال ودم الاما كان من الاموال قائم العين بيده

﴿ الباب الخامس ﴾

وأما بماذا يثبت هذا الحد فبالاقرار وبالشهادة ومالك يقبل شهادة المسلوبين على الذين سلبوهم وقال الشافعى تجوز شهادة أهل الرفقة عليهم اذالم يدعوا الأنفسهم ولا لرفقائهم مالاأخذوه وتثبت عند مالك الحرابة بشهادة السماع

(فصل فى حكم المحاربين على التأويل) وأما حكم المحاربين على التأويل فان حاربهم الامام فاذا قدر على واحد منهم لم يقتل الااذا كانت الحرب قائمة فان مالكا قال ان للامام أن يقتله ان رأى ذلك لما يخاف من عونه لأصحابه على المسلمين وأما اذا أسر بعد انقضاء الحرب فان حكمه حكم البدعى الذى لايدعو الى بدعته قيل يستتاب فان تاب والاقتل وقيل يستتاب فان لم يتب يؤدب ولايقتل وأكثر أهل البدع انما يكفرون بالمآل واختلف قول مالك فى التكفير بالمآل ومعنى التكفير بالمآل انهم لايصرحون بقول هو كفر ولكن يصرحون بأقوال يلزم عنها الكفر وهم لايعتقدون ذلك اللزوم وأما مايلزم هؤلاء من الحقوق اذا ظفر بهم فحكمهم اذا تابوا ان لايقام عليهم حد الحرابة ولايؤخذ منهم ماأخذوا من المال الاأن يوجد بيده فيرد الى ربه وانما اختلفوا هل يقتل قصاصا بمن قتل فقيل يقتل وهو قول عطاء واصبغ وقال مطرف وابن الماجشون عن مالك لايقتل وبه قال الجمهور لأن كل من قاتل على التأويل فليس بكافر بتة أصله قتال الصحابة وكذلك الكافر بالحقيقة هو المكذب لا المتأول

﴿ باب فى حكم المرتد ﴾

والمرتد اذا ظفر به قبل أن يحارب فاتفقوا على انه يقتل الرجل لقوله عليه الصلاة والسلام من بدل دينه فاقتلوه واختلفوا فى قتل المرأة وهل تستتاب قبل أن تقتل فقال الجمهور تقتل المرأة وقال أبو حنيفة لا تقتل وشبهها بالكافرة الاصلية والجمهور اعتمدوا العموم الوارد فى ذلك وشذ قوم فقالوا تقتل وان راجعت الاسلام وأما الاستتابة فان مالكا شرط فى قتله ذلك على ما رواه عن عمر وقال قوم لا تقبل توبته وأما اذا حارب المرتد ثم ظهر عليه فانه يقتل بالحرابة ولا يستتاب كانت حرابته بدار الاسلام أو بعد ان لحق بدار الحرب الا أن يسلم وأما اذا أسلم المرتد المحارب بعد ان أخذ أو قبل أن يؤخذ فانه يختلف فى حكمه فان كانت حرابته فى دار الحرب فهو عند مالك كالحربى يسلم لا تباعة عليه فى شئ مما فعل فى حال ارتداده وأما ان كانت حرابته فى دار الاسلام فانه يسقط اسلامه عنه حكم الحرابة خاصة وحكمه فيما جنى حكم المرتد اذا جنى فى ردته فى دار الاسلام ثم أسلم وقد اختلف أصحاب مالك فيه فقال حكمه حكم المرتد من اعتبر يوم الجناية وقال حكمه حكم المسلم من اعتبر يوم الحكم وقد اختلف فى هذا الباب فى حكم الساحر فقال مالك يقتل كفرا وقال قوم لا يقتل والأصل ان لا يقتل الا مع الكفر

﴿ بسم الله الرحمن الرحيم وصلى الله على سيدنا محمد وعلى آله وصحبه وسلم تسليما ﴾

﴿ كتاب الاقضية ﴾

وأصول هذا الكتاب تنحصر فى ستة أبواب أحدها فى معرفة من يجوز قضاؤه والثانى فى معرفة مايقضى به والثالث فى معرفة مايقضى فيه والرابع فى معرفة من يقضى عليه أوله والخامس فى كيفية القضاء والسادس فى وقت القضاء .

﴿ الباب الأول ﴾

والنظر فى هذا الباب فيمن يجوز قضاؤه وفيما يكون به أفضل فأما الصفات المشترطة فى الجواز فان يكون حرا مسلما بالغا ذكرا عاقلا عدلا وقد قيل فى المذهب ان الفسق يوجب العزل ويمضى ما حكم به واختلفوا فى كونه من أهل الاجتهاد فقال الشافعى يجب أن يكون من أهل الاجتهاد ومثله حكى عبد الوهاب عن المذهب وقال أبو حنيفة يجوز حكم العامى قال القاضى وهو ظاهر ما حكاه جدى رحمة الله عليه فى المقدمات عن المذهب لأنه جعل كون الاجتهاد فيه من الصفات المستحبة وكذلك اختلفوا فى اشتراط الذكورة فقال الجمهور هى شرط فى صحة الحكم وقال أبو حنيفة يجوز أن تكون المرأة قاضيا فى الاموال قال الطبرى يجوز أن تكون المرأة حاكما على الاطلاق فى كل شئ قال عبد الوهاب ولا أعلم بينهم اختلافا فى اشتراط الحرية فمن رد قضاء المرأة شبهه بقضاء الامامة الكبرى وقاسها أيضا على العبد لنقصان حرمتها ومن أجاز حكمها فى الاموال فتشبيها بجواز شهادتها فى الاموال ومن رأى حكمها نافذا فى كل شئ قال ان الأصل هو ان كل من يتأتى منه الفصل بين الناس فحكمه جائز الا ما خصصه الاجماع من الامامة الكبرى وأما اشتراط الحرية فلا خلاف فيه ولا خلاف فى مذهب مالك أن السمع والبصر والكلام مشترطة فى استمرار ولايته وليست شرطا فى جواز ولايته وذلك ان من صفات القاضى فى المذهب ما هى شرط فى الجواز فهذا اذا ولى عزل وفسخ جميع ما حكم به ومنها ما هى شرط فى الاستمرار وليست شرطا فى الجواز فهذا اذا ولى القضاء عزل ونفذ ما حكم به الا أن يكون جورا ومن هذا الجنس عندهم هذه

الثلاث صفات ومن شرط القضاء عند مالك أن يكون واحدا والشافعي يجيز أن يكون في المصر قاضيان اثنان اذا رسم لكل واحد منهما ما يحكم فيه وان شرط اتفاقهما في كل حكم لم يجز وان شرط الاستقلال لكل واحد منهما فوجهان الجواز والمنع قال واذا تنازع الخصمان في اختيار أحدهما وجب أن يقترعا عنده وأما فضائل القضاء فكثيرة وقد ذكرها الناس في كتبهم وقد اختلفوا في الامي هل يجوز أن يكون قاضيا والأبين جوازه لكونه عليه الصلاة والسلام أميا وقال قوم لا يجوز وعن الشافعي القولان جميعا لأنه يحتمل أن يكون ذلك خاصا به لموضع المعجز ولا خلاف في جواز حكم الامام الاعظم وتوليته للقاضي شرط في صحة قضائه لا خلاف أعرف فيه واختلفوا من هذا الباب في نفوذ حكم من رضيه المتداعيان ممن ليس بوال على الاحكام فقال مالك يجوز وقال الشافعي في أحد قوليه لا يجوز وقال أبو حنيفة يجوز اذا وافق حكمه حكم قاضي البلد

﴿ الباب الثاني ﴾

وأما فيما يحكم فاتفقوا أن القاضي يحكم في كل شيء من الحقوق كان حقا لله أو حقا للآدميين وانه نائب عن الامام الأعظم في هذا المعنى وانه يعقد الأنكحة ويقدم الأوصياء وهل يقدم الأئمة في المساجد الجامعة فيه خلاف وكذلك هل يستخلف فيه خلاف في المرض والسفر الا أن يؤذن له وليس ينظر في الجباة ولا في غير ذلك من الولاة وينظر في التحجير على السفهاء عند من يرى التحجير عليهم ومن فروع هذا الباب هل ما يحكم فيه الحاكم يحله للمحكوم له به وان لم يكن في نفسه حلالا وذلك انهم أجمعوا على أن حكم الحاكم بالظاهر الذي يعتريه لا يحل حراما ولا يحرم حلالا وذلك في الاموال خاصة لقوله عليه الصلاة والسلام انما أنا بشر وانكم تختصمون الي فلعل بعضكم أن يكون ألحن بحجته من بعض فاقضي له على نحو ما أسمع منه فمن قضيت له بشيء من حق أخيه فلا يأخذ منه شيأ فانما أقطع له قطعة من النار واختلفوا في حل عصمة النكاح أو عقده بالظاهر الذي يظن الحاكم انه حق وليس بحق اذ لا يحل حراما ولا يحرم حلالا بظاهر حكم الحاكم دون أن يكون الباطن كذلك هل يحل ذلك أم لا فقال الجمهور الاموال والفروج في ذلك سواء لا يحل حكم الحاكم منها حراما ولا يحرم حلالا وذلك مثل أن يشهد شاهدا زور في امرأة أجنبية انها زوجة لرجل أجنبي ليست له بزوجة فقال الجمهور لا تحل له وان أحلها الحاكم بظاهر الحكم وقال أبو حنيفة وجمهور أصحابه تحل له فعمدة الجمهور عموم الحديث المتقدم وشبهة الحنفية ان الحكم باللعان ثابت بالشرع وقد علم أن أحد المتلاعنين كاذب واللعان يوجب الفرقة ويحرم المرأة على زوجها الملاعن لها ويحلها لغيره فان كان هو الكاذب فلم تحرم عليه الا بحكم الحاكم وكذلك ان كانت هي الكاذبة لان زناها لا يوجب فرقتها على قول أكثر الفقهاء والجمهور ان الفرقة ههنا انما وقعت عقوبة للعلم بان أحدهما كاذب

﴿ الباب الثالث فيما يكون به القضاء ﴾

والقضاء يكون بأربع بالشهادة وباليمين والنكول وبالاقرار أو بما تركب من هذه ففي هذا الباب أربعة فصول

﴿ الفصل الأول في الشهادة ﴾

والنظر في الشهود في ثلاثة أشياء في الصفة والجنس والعدد فأما عدد الصفات المعتبرة في قبول الشاهد بالجملة فهي خمسة العدالة والبلوغ والاسلام والحرية ونفي التهمة وهذه منها متفق عليها ومنها مختلف فيها

أما العدالة فان المسلمين اتفقوا على اشتراطها فى قبول شهادة الشاهد لقوله تعالى (ممن ترضون من الشهداء) ولقوله تعالى (وأشهدوا ذوى عدل منكم) واختلفوا فيما هى العدالة فقال الجمهور هى صفة زائدة على الاسلام وهو أن يكون ملتزما لواجبات الشرع ومستحباته مجتنبا للمحرمات والمكروهات وقال أبو حنيفة يكفى فى العدالة ظاهر الاسلام وأن لا تعلم منه جرحة وسبب الخلاف كما قلنا ترددهم فى مفهوم اسم العدالة المقابلة للفسق وذلك انهم اتفقوا على أن شهادة الفاسق لا تقبل لقوله تعالى (يا أيها الذين آمنوا ان جاءكم فاسق بنبأ) الآية ولم يختلفوا أن الفاسق تقبل شهادته اذا عرفت توبته الا من كان فسقه من قبل القذف فان أبا حنيفة يقول لا تقبل شهادته وان تاب والجمهور يقولون تقبل وسبب الخلاف هل يعود الاستثناء فى قوله تعالى (ولا تقبلوا لهم شهادة أبدا وأولئك هم الفاسقون الا الذين تابوا من بعد ذلك) الى أقرب مذكور اليه أو على الجملة الا ما خصصه الاجماع وهو أن التوبة لا تسقط عنه الحد وقد تقدم هذا وأما البلوغ فانهم اتفقوا على أنه يشترط حيث تشترط العدالة واختلفوا فى شهادة الصبيان بعضهم على بعض فى الجراح وفى القتل فردها جمهور فقهاء الأمصار لما قلناه من وقوع الاجماع على أن من شرط الشهادة العدالة ومن شرط العدالة البلوغ ولذلك ليست فى الحقيقة شهادة عند مالك وانما هى قرينة حال ولذلك اشترط فيها أن لا يتفرقوا لئلا يجبنوا واختلف أصحاب مالك هل تجوز اذا كان بينهم كبير أم لا ولم يختلفوا أنه يشترط فيها العدة المشترطة فى الشهادة واختلفوا هل يشترط فيها الذكورة أم لا واختلفوا أيضا هل تجوز فى القتل الواقع بينهم ولا عمدة لمالك فى هذا الا أنه مروى عن ابن الزبير قال الشافعى فاذا احتج محتج بهذا قيل له ان ابن عباس قد ردها والقرآن يدل على بطلانها وقال بقول مالك ابن أبى ليلى وقوم من التابعين واجازة مالك لذلك هو من باب اجازته قياس المصلحة * وأما الاسلام فاتفقوا على أنه شرط فى القبول وأنه لا تجوز شهادة الكافر الا ما اختلفوا فيه من جواز ذلك فى الوصية فى السفر لقوله تعالى (يا أيها الذين آمنوا شهادة بينكم اذا حضر أحدكم الموت حين الوصية اثنان ذوا عدل منكم أو آخران من غيركم) الآية فقال أبو حنيفة يجوز ذلك على الشروط التى ذكرها الله وقال مالك والشافعى لا يجوز ذلك ورأوا ان الآية منسوخة * وأما الحرية فان جمهور فقهاء الأمصار على اشتراطها فى قبول الشهادة وقال أهل الظاهر تجوز شهادة العبد لأن الأصل انما هو اشتراط العدالة والعبودية ليس لها تأثير فى الرد الا أن يثبت ذلك من كتاب الله أو سنة أو اجماع وكان الجمهور رأوا أن العبودية أثر من أثر الكفر فوجب أن يكون لها تأثير فى رد الشهادة * وأما التهمة التى سببها المحبة فان العلماء أجمعوا على أنها مؤثرة فى اسقاط الشهادة واختلفوا فى رد شهادة العدل بالتهمة لموضع المحبة أو البغضة التى سببها العداوة الدنيوية فقال بردها فقهاء الأمصار الا أنهم اتفقوا فى مواضع على اعمال التهمة وفى مواضع على اسقاطها وفى مواضع اختلفوا فيها فأعملها بعضهم وأسقطها بعضهم فمما اتفقوا عليه رد شهادة الاب لابنه والابن لابيه وكذلك الام لابنها وابنها لها ومما اختلفوا فى تأثير التهمة فى شهادتهم شهادة الزوجين أحدهما للآخر فان مالكا ردها وأبا حنيفة وأجازها الشافعى وأبو ثور والحسن وقال ابن أبى ليلى تقبل شهادة الزوج لزوجه ولا تقبل شهادتها له وبه قال النخعى ومما اتفقوا على اسقاط التهمة فيه شهادة الأخ لأخيه مالم يدفع بذلك عن نفسه عارا على ما قال مالك ومالم يكن منقطعا الى أخيه يناله بره وصلته ما عدا الاوزاعى فانه

قال لا تجوز ومن هذا الباب اختلافهم فى قبول شهادة العدوّ على عدوّه فقال مالك والشافعى لا تقبل وقال أبو حنيفة تقبل فعمدة الجمهور فى رد الشهادة بالتهمة ماروى عنه عليه السلام أنه قال لا تقبل شهادة خصم ولا ظنين وماخرجه أبو داود من قوله عليه السلام لا تقبل شهادة بدوى على حضرى لقلة شهود البدوى مايقع فى المصر فهذه هى عمدتهم من طريق السماع وأما من طريق المعنى فلموضع التهمة وقد أجمع الجمهور على تأثيرها فى الأحكام الشرعية مثل اجماعهم على أنه لا يرث القاتل المقتول وعلى توريث المبتوتة فى المرض وان كان فيه خلاف وأما الطائفة الثانية وهم شريح وأبو ثور وداود فانهم قالوا تقبل شهادة الاب لابنه فضلا عمن سواه اذا كان الاب عدلا وعمدتهم قوله تعالى (ياأيها الذين آمنوا كونوا قوّامين بالقسط شهداء لله ولو على أنفسكم أو الوالدين والأقربين) والأمر بالشئ يقتضى اجزاء المأمور به الا ماخصصه الاجماع من شهادة المرء لنفسه وأما من طريق النظر فان لهم أن يقولوا رد الشهادة بالجملة انما هو لموضع اتهام الكذب وهذه التهمة انما اعتملها الشرع فى الفاسق ومنع اعمالها فى العادل فلا تجتمع العدالة مع التهمة * وأما النظر فى العدد والجنس فان المسلمين اتفقوا على أنه لا يثبت الزنا بأقل من أربعة عدول ذكور واتفقوا على أنه تثبت جميع الحقوق ماعدا الزنا بشاهدين عدلين ذكرين ماخلا الحسن البصرى فانه قال لا تقبل بأقل من أربعة شهداء تشبيها بالرجم وهذا ضعيف لقوله سبحانه (واستشهدوا شهيدين من رجالكم) وكل متفق على أن الحكم يجب بالشاهدين من غير يمين المدعى الا ابن أبى ليلى فانه قال لابد من يمينه واتفقوا على أنه تثبت الاموال بشاهد عدل ذكر وامرأتين لقوله تعالى (فرجل وامرأتان ممن ترضون من الشهداء) واختلفوا فى قبولهما فى الحدود فالذى عليه الجمهور انه لا تقبل شهادة النساء فى الحدود لا مع رجل ولا مفردات وقال أهل الظاهر تقبل اذا كان معهنّ رجل وكان النساء أكثر من واحدة فى كل شئ على ظاهر الآية وقال أبو حنيفة تقبل فى الاموال وفيما عدا الحدود من أحكام الابدان مثل الطلاق والرجعة والنكاح والعتق ولا تقبل عند مالك فى حكم من أحكام البدن واختلف أصحاب مالك فى قبولهنّ فى حقوق الابدان المتعلقة بالمال مثل الوكالات والوصية التى لا تتعلق الا بالمال فقط فقال مالك وابن القاسم وابن وهب يقبل فيه شاهد وامرأتان وقال أشهب وابن الماجشون لا يقبل فيه الا رجلان وأما شهادة النساء مفردات أعنى النساء دون الرجال فهى مقبولة عند الجمهور فى حقوق الابدان التى لا يطلع عليها الرجال غالبا مثل الولادة والاستهلال وعيوب النساء ولا خلاف فى شئ من هذا الا فى الرضاع فان أباحنيفة قال لا تقبل فيه شهادتهنّ الا مع الرجال لانه عنده من حقوق الابدان التى يطلع عليها الرجال والنساء والذين قالوا بجواز شهادتهنّ مفردات فى هذا الجنس اختلفوا فى العدد المشترط فى ذلك منهنّ فقال مالك يكفى فى ذلك امرأتان قيل مع انتشار الأمر وقيل وان لم ينتشر وقال الشافعى ليس يكفى فى ذلك أقل من أربع لان الله عز وجل قد جعل عديل الشاهد الواحد امرأتين واشترط الاثنينية وقال قوم لا يكتفى فى ذلك بأقل من ثلاث وهو قول لا معنى له وأجاز أبو حنيفة شهادة المرأة فيما بين السرة والركبة وأحسب ان الظاهرية أو بعضهم لا يجيزون شهادة النساء مفردات فى كل شئ كما يجيزون شهادتهنّ مع الرجال فى كل شئ وهو الظاهر وأما شهادة المرأة الواحدة بالرضاع فانهم أيضا اختلفوا فيها لقوله عليه السلام فى المرأة الواحدة التى شهدت بالرضاع كيف وقد أرضعتكما

وهذا ظاهره الانكار ولذلك لم يختلف قول مالك فى أنه مكروه

﴿ الفصل الثانى ﴾

وأما الايمان فانهم اتفقوا على أنها تبطل بها الدعوى عن المدعى عليه اذا لم تكن للمدعى بينة واختلفوا هل يثبت بها حق للمدعى فقال مالك يثبت بها حق المدعى فى اثبات ما أنكره المدعى عليه وابطال ما ثبت عليه من الحقوق اذا ادعى الذى ثبت عليه اسقاطه فى الموضع الذى يكون المدعى أقوى سببا وشبهة من المدعى عليه وقال غيره لا تثبت للمدعى باليمين دعوى سواء كانت فى اسقاط حق عن نفسه قد ثبت عليه أو اثبات حق أنكره فيه خصمه وسبب اختلافهم ترددهم فى مفهوم قوله عليه السلام البينة على من ادعى واليمين على من أنكر هل ذلك عام فى كل مدعى عليه ومدع أم انما خص المدعى بالبينة والمدعى عليه باليمين لأن المدعى فى الأكثر هو أضعف شبهة من المدعى عليه والمدعى عليه بخلافه فمن قال هذا الحكم عام فى كل مدع ومدعى عليه ولم يرد بهذا العموم خصوصا قال لا يثبت باليمين حق ولا يسقط به حق ثبت ومن قال انما خص المدعى عليه بهذا الحكم من جهة ما هو أقوى شبهة قال اذا اتفق أن يكون موضع تكون فيه شبهة المدعى أقوى يكون القول قوله واحتج هؤلاء بالمواضع التى اتفق الجمهور فيها على أن القول فيها قول المدعى مع يمينه مثل دعوى التلف فى الوديعة وغير ذلك ان وجد شئ بهذه الصفة ولأولئك أن يقولوا الأصل ما ذكرنا الا ما خصصه الاتفاق وكلهم مجمعون على ان اليمين التى تسقط الدعوى أو تثبتها هى اليمين بالله الذى لا اله الا هو وأقاويل فقهاء الأمصار فى صفتها متقاربة وهى عند مالك بالله الذى لا اله الا هو لا يزيد عليها ويزيد الشافعى الذى يعلم من السر ما يعلم من العلانية وأما هل تغلظ بالمكان فانهم اختلفوا فى ذلك فذهب مالك الى أنها تغلظ بالمكان وذلك فى قدر مخصوص وكذلك الشافعى واختلفوا فى القدر فقال مالك ان من ادعى عليه بثلاثة دراهم فصاعدا وجبت عليه اليمين فى المسجد الجامع فان كان مسجد النبى عليه الصلاة والسلام فلا خلاف انه يحلف على المنبر وان كان فى غيره من المساجد ففى ذلك روايتان احداهما حيث اتفق من المسجد والأخرى عند المنبر وروى عنه ابن القاسم انه يحلف فيما له بال فى الجامع ولم يحدد وقال الشافعى يحلف فى المدينة عند المنبر وفى مكة بين الركن والمقام وكذلك عنده فى كل بلد يحلف عند المنبر والنصاب عنده فى ذلك عشرون دينارا وقال داود يحلف على المنبر فى القليل والكثير وقال أبو حنيفة لا تغلظ اليمين بالمكان وسبب الخلاف هل التغليظ الوارد فى الحلف على منبر النبى صلى الله عليه وسلم يفهم منه وجوب الحلف على المنبر أم لا فمن قال انه يفهم منه ذلك قال لأنه لو لم يفهم منه ذلك لم يكن للتغليظ فى ذلك معنى ومن قال للتغليظ معنى غير الحكم بوجوب اليمين على المنبر قال لا يجب الحلف على المنبر والحديث الوارد فى التغليظ هو حديث جابر بن عبد الله الانصارى أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال من حلف على منبرى آثما تبوأ مقعده من النار واحتج هؤلاء بالعمل فقالوا هو عمل الخلفاء قال الشافعى لم يزل عليه العمل بالمدينة وبمكة قالوا ولو كان التغليظ لا يفهم منه ايجاب اليمين فى الموضع المغلظ لم يكن له فائدة الا تجنب اليمين فى ذلك الموضع قالوا وكما أن التغليظ الوارد فى اليمين مجردا مثل قوله عليه الصلاة والسلام من اقتطع حق امرئ مسلم بيمينه حرم الله عليه الجنة وأوجب له النار يفهم منه وجوب القضاء باليمين كذلك التغليظ الوارد فى المكان وقال الفريق الآخر

لا يفهم من التغليظ باليمين وجوب الحكم باليمين واذا لم يفهم من تغليظ اليمين وجوب الحكم باليمين لم يفهم من تغليظ اليمين بالمكان وجوب اليمين بالمكان وليس فيه اجماع من الصحابة والاختلاف فيه مفهوم من قضية زيد بن ثابت وتغلظ بالمكان عند مالك فى القسامة واللعان وكذلك بالزمان لأنه قال فى اللعان أن يكون بعد صلاة العصر على ملجاء فى التغليظ فيمن حلف بعد العصر وأما القضاء باليمين مع الشاهد فانهم اختلفوا فيه فقال مالك والشافعى وأحمد وداود وأبو ثور والفقهاء السبعة المدنيون وجماعة يقضى باليمين مع الشاهد فى الأموال وقال أبو حنيفة والثورى والاوزاعى وجمهور أهل العراق لا يقضى باليمين مع الشاهد فى شئ وبه قال الليث من أصحاب مالك وسبب الخلاف فى هذا الباب تعارض السماع أما القائلون به فانهم تعلقوا فى ذلك بآثار كثيرة منها حديث ابن عباس وحديث أبى هريرة وحديث زيد بن ثابت وحديث جابر الاأن الذى خرج مسلم منها حديث ابن عباس ولفظه أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قضى باليمين مع الشاهد خرجه مسلم ولم يخرجه البخارى وأما مالك فانما اعتمد مرسله فى ذلك عن جعفر بن محمد عن أبيه أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قضى باليمين مع الشاهد لان العمل عنده بالمراسيل واجب وأما السماع المخالف لها فقوله تعالى (فان لم يكونا رجلين فرجل وامرأتان ممن ترضون من الشهداء) قالوا وهذا يقتضى الحصر فالزيادة عليه نسخ ولا ينسخ القرآن بالسنة الغير متواترة وعند المخالف انه ليس بنسخ بل زيادة لا تغير حكم المزيد وأما من السنة فما خرجه البخارى ومسلم عن الأشعث بن قيس قال كان بينى وبين رجل خصومة فى شئ فاختصمنا الى النبى عليه الصلاة والسلام فقال شاهداك أو يمينه فقلت اذا يحلف ولا يبالى فقال النبى صلى الله عليه وسلم من حلف على يمين يقتطع بها مال امرئ مسلم هو فيها فاجر لقى الله وهو عليه غضبان قالوا فهذا منه عليه الصلاة والسلام حصر للحكم ونقض لحجة كل واحد من الخصمين ولا يجوز عليه صلى الله عليه وسلم ألا يستوفى أقسام الحجة للمدعى والذين قالوا باليمين مع الشاهد هم على أصلهم فى أن اليمين هى حجة أقوى المتداعيين شبهة وقد قويت ههنا حجة المدعى بالشاهد كما قويت فى القسامة وهؤلاء اختلفوا فى القضاء باليمين مع المرأتين فقال مالك يجوز لان المرأتين قد أقيمتا مقام الواحد وقال الشافعى لا يجوز له لانه انما أقيمت مقام الواحد مع الشاهد الواحد لا مفردة ولا مع غيره وهل يقضى باليمين فى الحدود التى هى حق للناس مثل القذف والجراح فيه قولان فى المذهب

﴿الفصل الثالث﴾

وأما ثبوت الحق على المدعى عليه بنكوله فان الفقهاء أيضا اختلفوا فى ذلك فقال مالك والشافعى وفقهاء أهل الحجاز وطائفة من العراقيين اذا نكل المدعى عليه لم يجب للمدعى شئ بنفس النكول الاأن يحلف المدعى أو يكون له شاهد واحد وقال أبو حنيفة وأصحابه وجمهور الكوفيين يقضى للمدعى على المدعى عليه بنفس النكول وذلك فى المال بعد أن يكرر عليه اليمين ثلاثا وقلب اليمين عند مالك يكون فى الموضع الذى يقبل فيه شاهد وامرأتان وشاهد ويمين وقلب اليمين عند الشافعى يكون فى كل موضع يجب فيه اليمين وقال ابن أبى ليلى أردها فى غير التهمة ولا أردها فى التهمة وعند مالك فى يمين التهمة هل تنقلب أم لا قولان فعمدة من رأى أن تنقلب اليمين مارواه مالك من أن رسول الله صلى الله عليه وسلم رد فى القسامة اليمين على اليهود بعد ان بدأ بالانصار ومن حجة مالك أن الحقوق عنده انما تثبت بشيئين اما بيمين وشاهد

واما بنكول وشاهد واما بنكول ويمين أصل ذلك عنده اشتراط الاثنينية فى الشهادة وليس يقضى عند الشافعى بشاهد ونكول وعمدة من قضى بالنكول أن الشهادة لما كانت لاثبات الدعوى واليمين لابطالها وجب ان نكل عن اليمين أن تحق عليه الدعوى قالوا وأما نقلها من المدعى عليه الى المدعى فهو خلاف للنص لان اليمين قد نص على أنها دلالة المدعى عليه فهذه أصول الحجج التى يقضى بها القاضى ومما اتفقوا عليه فى هذا الباب انه يقضى القاضى بوصول كتاب قاض آخر اليه لكن هذا عند الجمهور مع اقتران الشهادة به أعنى اذا أشهد القاضى الذى يثبت عنده الحكم شاهدين عدلين أن الحكم ثابت عنده أعنى المكتوب فى الكتاب الذى أرسله الى القاضى الثانى فشهدا عند القاضى الثانى انه كتابه وانه أشهدهم بثبوته وقد قيل انه يكتفى فيه بخط القاضى وانه كان به العمل الأول واختلف مالك والشافعى وأبو حنيفة ان أشهدهم على الكتابة ولم يقرأه عليهم فقال مالك يجوز وقال الشافعى وأبو حنيفة لايجوز ولا تصح الشهادة واختلفوا فى العفاص والوكاء هل يقضى به فى اللقطة دون شهادة أم لابد فى ذلك من شهادة فقال مالك يقضى بذلك وقال الشافعى لابد من الشاهدين وكذلك قال أبو حنيفة وقول مالك هو أجرى على نص الأحاديث وقول الغير أجرى على الأصول ومما اختلفوا فيه من هذا الباب قضاء القاضى بعلمه وذلك ان العلماء أجمعوا على ان القاضى يقضى بعلمه فى التعديل والتجريح وانه اذا شهد الشهود بضد علمه لم يقض به وانه يقضى بعلمه فى اقرار الخصم وانكاره الا مالكا فانه رأى أن يحضر القاضى شاهدين لاقرار الخصم وانكاره وكذلك أجمعوا على أنه يقضى بعلمه فى تغليب حجة أحد الخصمين على حجة الآخر اذا لم يكن فى ذلك خلاف واختلفوا اذا كان فى المسئلة خلاف فقال قوم لايرد حكمه اذا لم يخرق الاجماع وقال قوم اذا كان شاذا وقال قوم يرد اذا كان حكما بقياس وهنالك سماع من كتاب أو سنة تخالف القياس وهو الاعدل الا أن يكون القياس تشهد له الأصول والكتاب محتمل والسنة غير متواترة وهذا هو الوجه الذى ينبغى أن يحمل عليه من غلب القياس من الفقهاء فى موضع من المواضع على الأثر مثل ما ينسب الى أبى حنيفة باتفاق والى مالك باختلاف واختلفوا هل يقضى بعلمه على أحد دون بينة أو اقرار أو لايقضى الا بالدليل والاقرار فقال مالك وأكثر أصحابه لايقضى الا بالبينات أو الاقرار وبه قال أحمد وشريح وقال الشافعى والكوفى وأبو ثور وجماعة للقاضى أن يقضى بعلمه ولكلا الطائفتين سلف من الصحابة والتابعين وكل واحد منهما اعتمد فى قوله السماع والنظر أما عمدة الطائفة التى منعت من ذلك فمنها حديث معمر عن الزهرى عن عروة عن عائشة أن النبى صلى الله عليه وسلم بعث أبا جهم على صدقة فلاحاه رجل فى فريضة فوقع بينهما شجاج فأتوا النبى صلى الله عليه وسلم فأخبروه فأعطاهم الأرش ثم قال عليه الصلاة والسلام انى خاطب الناس ومخبرهم انكم قد رضيتم أرضيتم قالوا نعم فصعد رسول الله صلى الله عليه وسلم المنبر فخطب الناس وذكر القصة وقال أرضيتم قالوا لا فهم بهم المهاجرون فنزل رسول الله صلى الله عليه وسلم فأعطاهم ثم صعد المنبر فخطب ثم قال أرضيتم قالوا نعم قال فهذا بين فى أنه لم يحكم عليهم بعلمه صلى الله عليه وسلم وأما من جهة المعنى فللتهمة اللاحقة فى ذلك القاضى وقد أجمعوا ان للتهمة تأثيرا فى الشرع منها أنه لايرث القاتل عمدا عند الجمهور من قتله ومنها ردهم شهادة الأب لابنه وغير ذلك مما هو معلوم من جمهور الفقهاء وأما عمدة من أجاز ذلك اما من طريق السماع فحديث عائشة فى قصة

هند بنت عتبة بن ربيعة مع زوجها أبي سفيان بن حرب حين قال لها عليه الصلاة والسلام وقد شكت أبا سفيان خذي ما يكفيك وولدك بالمعروف دون أن يسمع قول خصمها وأما من طريق المعنى فانه اذا كان له أن يحكم بقول الشاهد الذي هو مظنون في حقه فأحرى أن يحكم بما هو عنده يقين وخصص أبو حنيفة وأصحابه ما يحكم فيه الحاكم بعلمه فقالوا لا يقضي بعلمه في الحدود ويقضي في غير ذلك وخصص أيضا أبو حنيفة العلم الذي يقضي به فقال يقضي بعلمه الذي علمه في القضاء ولا يقضي بما علمه قبل القضاء وروى عن عمر أنه قضى بعلمه على أبي سفيان لرجل من بني مخزوم وقال بعض أصحاب مالك يقضي بعلمه في المجلس أعني بما يسمع وان لم يشهد عنده بذلك وهو قول الجمهور كما قلنا وقول المغيرة هو أجرى على الأصول لأن الأصل في هذه الشريعة لا يقضي بدليل (٧) وان كانت غلبة الظن الواقعة به أقوى من الظن الواقع بصدق الشاهدين

﴿ الفصل الرابع في الاقرار ﴾

وأما الاقرار اذا كان بينا فلا خلاف في وجوب الحكم به وانما النظر فيمن يجوز اقراره ممن لا يجوز واذا كان الاقرار محتملا وقع الخلاف أما من يجوز اقراره ممن لا يجوز فقد تقدم وأما عدد الاقرارات الموجبة فقد تقدم في باب الحدود ولا خلاف بينهم ان الاقرار مرة واحدة عامل في المال وأما المسائل التي اختلفوا فيها من ذلك فهي من قبل احتمال اللفظ وأنت ان أحببت أن تقف عليه فمن كتاب الفروع

﴿ الباب الرابع ﴾

وأما على من يقضي ولمن يقضي فان الفقهاء اتفقوا على أنه يقضي لمن ليس يتهم عليه واختلفوا في قضائه لمن يتهم عليه فقال مالك لا يجوز قضاؤه على من لا تجوز عليه شهادته وقال قوم يجوز لأن القضاء يكون بأسباب معلومة وليس كذلك الشهادة وأما على من يقضي فانهم اتفقوا على أنه يقضي على المسلم الحاضر واختلفوا في الغائب وفي القضاء على أهل الكتاب فأما القضاء على الغائب فان مالكا والشافعي قالا يقضي على الغائب البعيد الغيبة وقال أبو حنيفة لا يقضي على الغائب أصلا وبه قال ابن الماجشون وقد قيل عن مالك لا يقضي في الرباع المستحقة فعمدة من رأى القضاء حديث هند المتقدم ولا حجة فيه لأنه لم يكن غائبا عن المصر وعمدة من لم ير القضاء قوله عليه الصلاة والسلام فانما أقضي له بحسب ما أسمع وما رواه أبو داود وغيره عن علي أن النبي صلى الله عليه وسلم قال له حين أرسله الى اليمن لا تقض لأحد الخصمين حتى تسمع من الآخر وأما الحكم على الذمي فان في ذلك ثلاثة أقوال أحدها أنه يقضي بينهم اذا ترافعوا اليه بحكم المسلمين وهو مذهب أبي حنيفة والثاني انه مخير وبه قال مالك وعن الشافعي القولان والثالث انه واجب على الامام أن يحكم بينهم وان لم يتحاكموا اليه فعمدة من اشترط مجيئهم للحاكم قوله تعالى (فان جاؤك فاحكم بينهم أو أعرض عنهم) وبهذا تمسك من رأى الخيار ومن أوجبه اعتمد قوله تعالى (وأن احكم بينهم) ورأى ان هذا ناسخ لآية التخيير وأما من رأى وجوب الحكم عليهم وان لم يترافعوا فانه احتج باجماعهم على أن الذمي اذا سرق قطعت يده

﴿ الباب الخامس ﴾

وأما كيف يقضي القاضي فانهم أجمعوا على أنه واجب عليه أن يسوي بين الخصمين في المجلس وألا يسمع

---

(٧) هكذا بالأصول ولينظر ما معناه اهـ مصححه

من أحدهما دون الآخر وان يبدأ بالمدعى فيسأله البينة ان أنكر المدعى عليه وان لم يكن له بينة فان كان فى مال وجبت اليمين على المدعى عليه باتفاق وان كانت فى طلاق أو نكاح أو قتل وجبت عند الشافعى بمجرد الدعوى وقال مالك لا تجب الا مع شاهد واذا كان فى المال فهل يحلفه المدعى عليه بنفس الدعوى أم لا يحلفه حتى يثبت المدعى الخلطة اختلفوا فى ذلك فقال جمهور فقهاء الأمصار اليمين تلزم المدعى عليه بنفس الدعوى لعموم قوله عليه الصلاة والسلام من حديث ابن عباس البينة على المدعى واليمين على المدعى عليه وقال مالك لا تجب اليمين الا بالمخالطة وقال بها السبعة من فقهاء المدينة وعمدة من قال بها النظر الى المصلحة لكيلا يتطرق الناس بالدعاوى الى تعنيت بعضهم بعضا واذاية بعضهم بعضا ومن هنا لم ير مالك احلاف المرأة زوجها اذا ادعت عليه الطلاق الا أن يكون معها شاهد وكذلك احلاف العبد سيده فى دعوى العتق عليه والدعوى لا تخلو أن تكون فى شئ فى الذمة أو فى شئ بعينه فان كانت فى الذمة فادعى المدعى عليه البراءة من تلك الدعوى وان له بينة سمعت منه بينته باتفاق وكذلك ان كان اختلاف فى عقد وقع فى عين مثل بيع أو غير ذلك وأما ان كانت الدعوى فى عين وهو الذى يسمى استحقاقا فانهم اختلفوا هل تسمع بينة المدعى عليه فقال أبو حنيفة لا تسمع بينه المدعى عليه الا فى النكاح وما لا يتكرر وقال غيره لا تسمع فى شئ وقال مالك والشافعى تسمع أعنى فى أن يشهد للمدعى بينة المدعى عليه انه ماله وملك فعمدة من قال لا تسمع ان الشرع قد جعل البينة فى حيز المدعى واليمين فى حيز المدعى عليه فوجب أن لا ينقلب الأمر وكان ذلك عندهما عبادة وسبب الخلاف هل تفيد بينة المدعى عليه معنى زائدا على كون الشئ المدعى فيه موجودا بيده أم ليست تفيد ذلك فمن قال لا تفيد معنى زائدا قال لا معنى لها ومن قال تفيد اعتبرها فاذا قلنا باعتبار بينة المدعى عليه فوقع التعارض بين البينتين ولم تثبت احداهما أمرا زائدا مما لا يمكن أن يتكرر فى ملك ذى الملك فالحكم عند مالك أن يقضى باعدل البينتين ولا يعتبر الأكثر وقال أبو حنيفة بينة المدعى أولى على أصله ولا تترجح عنده بالعدالة كما لا تترجح عند مالك بالعدد وقال الاوزاعى تترجح بالعدد واذا تساوت فى العدالة فذلك عند مالك كلا بينة يحلف المدعى عليه فان نكل حلف المدعى ووجب الحق لان يد المدعى عليه شاهدة له ولذلك جعل دليله أضعف الدليلين أعنى اليمين وأما اذا أقر الخصم فان كان المدعى فيه عينا فلا خلاف انه يدفع الى مدعيه وأما اذا كان مالا فى الذمة فانه يكلف المقر غرمه فان ادعى العدم حبسه القاضى عند مالك حتى يتبين عدمه اما بطول السجن أو بالبينة ان كان متهما فاذا لاح عسره خلى سبيله لقوله تعالى (وان كان ذو عسرة فنظرة الى ميسرة) وقال قوم يؤاجره وبه قال أحمد وروى عن عمر بن عبد العزيز وحكى عن أبى حنيفة ان لغرمائه ان يدوروا معه حيث دار ولا خلاف أن البينة اذا جرحها المدعى عليه ان الحكم يسقط اذا كان التجريح قبل الحكم وان كان بعد الحكم لم ينتقض عند مالك وقال الشافعى ينتقض وأما ان رجعت البينة عن الشهادة فلا يخلو ان يكون ذلك قبل الحكم أو بعده فان كان قبل الحكم فالأكثر ان الحكم لا يثبت وقال بعض الناس يثبت وان كان بعد الحكم فقال مالك يثبت الحكم وقال غيره لا يثبت الحكم وعند مالك ان الشهداء يضمنون ما أتلفوا بشهادتهم فان كان مالا ضمنوه على كل حال قال عبد الملك لا يضمنون فى الغلط وقال الشافعى لا يضمنون المال وان كان دما فان ادعوا الغلط ضمنوا الدية وان أقروا أقيد منهم على قول أشهب ولم يقتص منهم على قول ابن القاسم

وأما متى يقضي فنها ما يرجع الى حال القاضي في نفسه ومنها ما يرجع الى وقت انفاذ الحكم وفصله ومنها ما يرجع الى وقت توقيف المدعى فيه وازالة اليد عنه اذا كان عينا فاما متى يقضي القاضي فاذا لم يكن مشغول النفس لقوله عليه الصلاة والسلام لا يقضي القاضي حين يقضي وهو غضبان ومثل هذا عند مالك ان يكون عطشانا أو جائعا أو خائفا أو غير ذلك من العوارض التي تعوقه عن الفهم لكن اذا قضى في حال من هذه الاحوال بالصواب فاتفقوا فيما أعلم على انه ينفذ حكمه ويحتمل ان يقال لا ينفذ فيما وقع عليه النص وهو الغضبان لان النهي يدل على فساد المنهي عنه وأما متى ينفذ الحكم عليه فبعد ضرب الأجل والاعذار اليه ومعنى نفوذ هذا هو ان يحق حجة المدعي أو يدحضها وهل له ان يسمع حجة بعد الحكم فيه اختلاف من قول مالك والاشهر انه يسمع فيما كان حقا لله مثل الاحباس والعتق ولا يسمع في غير ذلك وقيل لا يسمع بعد نفوذ الحكم وهو الذي يسمى التعجيز قيل لا يسمع منهما جميعا وقيل بالفرق بين المدعي والمدعى عليه وهو اذا أقر بالعجز وأما وقت التوقيف فهو عند الثبوت وقبل الاعذار واذا لم يرد الذي استحق الشيء من يده ان يخاصم فله ان يرجع بثمنه على البائع وان كان يحتاج في رجوعه به على البائع ان يوافقه عليه فيثبت شراءه منه ان أنكره أو يعترف له به ان أقر فللمستحق من يده أن يأخذ الشيء من المستحق ويترك قيمته بيد المستحق وقال الشافعي بشتريه منه فان عطب في يد المستحق فهو ضامن له وان عطب في أثناء الحكم ممن ضمانه اختلف في ذلك فقيل ان عطب بعد الثبات فضمانه من المستحق وقيل انما يضمن المستحق بعد الحكم وأما بعد الثبات وقبل الحكم فهو من المستحق منه قال القاضي رضي الله عنه وينبغي أن تعلم ان الاحكام الشرعية تنقسم قسمين قسم يقضي به الحكام وجل ما ذكرناه في هذا الكتاب هو داخل في هذا القسم وقسم لا يقضي به الحكام وهذا أكثره هو داخل في المندوب اليه وهذا الجنس من الاحكام هو مثل رد السلام وتشميت العاطس وغير ذلك مما يذكره الفقهاء في أواخر كتبهم التي يعرفونها بالجوامع ونحن فقد رأينا ان نذكر أيضا من هذا الجنس المشهور منه ان شاء الله تعالى وينبغي قبل هذا ان تعلم ان السنن المشروعة العملية المقصود منها هو الفضائل النفسانية فنها ما يرجع الى تعظيم من يجب تعظيمه وشكر من يجب شكره وفي هذا الجنس تدخل العبادات وهذه هي السنن الكرامية ومنها ما يرجع الى الفضيلة التي تسمى عفة وهذه صنفان السنن الواردة في المطعم والمشرب والسنن الواردة في المناكح ومنها ما يرجع الى طلب العدل والكف عن الجور فهذه هي أجناس السنن التي تقتضي العدل في الاموال والتي تقتضي العدل في الابدان وفي هذا الجنس يدخل القصاص والحروب والعقوبات لان هذه كلها انما يطلب بها العدل ومنها السنن الواردة في الاعراض ومنها السنن الواردة في جميع الاموال وتقويمها وهي التي يقصد بها طلب الفضيلة التي تسمى السخاء وتجنب الرذيلة التي تسمى البخل والزكاة تدخل في هذا الباب من وجه وتدخل أيضا في باب الاشتراك في الاموال وكذلك الامر في الصدقات ومنها سنن واردة في الاجتماع الذي هو شرط في حياة الانسان وحفظ فضائله العملية والعلمية وهي المعبر عنها بالرياسة ولذلك لزم أيضا أن تكون سنن الائمة والقوام بالدين ومن السنة المهمة في حين الاجتماع السنن الواردة في المحبة والبغضة والتعاون على اقامة هذه السنن وهو الذي يسمى النهي

عن المنكر والأمر بالمعروف وهي المحبة والبغضة أي الدينية التي تكون امامن قبل الاخلال بهذه السنن واما من قبل سوء المعتقد في الشريعة وأكثر ما يذكر الفقهاء في الجوامع من كتبهم ماشذ عن الأجناس الاربعة التي هي فضيلة العفة وفضيلة العدل وفضيلة الشجاعة وفضيلة السخاء والعبادة التي هي كالشروط في تثبيت هذه الفضائل كمل كتاب الاقضية وبكماله كمل جميع الديوان والحمد لله كثيرا على ذلك كما هو أهله

﴿ يقول راجي غفران المساوي رئيس لجنة التصحيح بمطبعة دار الكتب العربية الكبرى بمصر محمد الزهري الغمراوي ﴾

نحمدك اللهم على ما مننت من تيسير فهم شريعتك وفتح أبواب فضلك لمن اختصصته بمنحك من خليقتك ونصلي ونسلم على خاتم أنبيائك المنزل عليه كريم كلامك والموهوب منك أنوار هدايتك وتبيان آياتك وعلى آله المطهرين من دنس النفوس ومساوي الأخلاق وأصحابه أولي الفضائل التي عمت الآفاق (أما بعد) فقد تم بحمده تعالى طبع كتاب بداية المجتهد ونهاية المقتصد وهو الكتاب الذي حاز قصبات السبق في توجيه أفهام المجتهدين من الأمة الاسلامية وبيان مستنداتهم من كلام الله وسنة رسوله محمد خير البرية بطريقة بعدت عن التعصب والمحاباه واعتصمت بالحق وبالأدلة التي تزيل الاشتباه فكان كالمحاكمات بين تلك الانظار الكريمة وكالمعراج يصعد بقارئه الى سماء هاتيك الأفهام ومشاركتها فيما تعزى به القيمة فله من اسمه أكبر نصيب ومن المحاسن كل لطيف غريب عز مغزاه فعظمت فوائده وصفت مياه محاسنه فلطفت مصادره وموارده فهو لنصوص الشريعة البحر ولكن أحجاره الجواهر والدرر وللمحاسن سماء ولكن زينت بالآيات والأحاديث الغرر وكيف لا وهو من نسيج الامام الكبير والعلم الشهير فيلسوف الاسلام وفقيه الحكماء الكرام من جمع بين الشريعة وعلوم الاوائل وحاز القدح المعلى في دقة الانظار وتهذيب الدلائل العلامة الحافظ محمد بن أحمد الشهير بحفيد ابن رشد رحمه الله وأثابه رضاه ولما بزغت شمس هذا الكتاب في الآفاق وتحلت من النظار بمشاهدة سطوره الآماق ارتاحت اليه نفوس الفضلاء ورغبت في استطلاع أنواره أرواح العلماء فحين شرع في استعادة طبعه استحضرت (شركة دار الكتب العربية الكبرى) جملة نسخ لتصحيحه وحسن تنقيحه وحرصا منها على العناية بدقة تصحيح الكتاب كما هو دأبها في بذل الهمة في تصحيح كتبها وحسن وضعها المستطاب استحضرت بعد الشروع في الطبع بسبعة ملازم نسخة المفضال الكامل صاحب العزة أحمد بك تيمور حفظه الله فحاز الكتاب من الدقة في التصحيح ما تحمد مرآه وتستلذه نفس الفاضل اذا متع النظر برؤياه وكان تمام طبعه في صفر الخير سنة ١٣٣٥ هجرية بمطبعة دار الكتب العربية الكبرى بمصر التي حازت من الدقة والعناية ما يفوق الحصر وصلى الله على سيدنا محمد أفضل الصلاة وأتم التحية

آمين



﴿ وعند تمام طبعه الأوّل قرظه حضرة الأديب الأستاذ الشيخ محمد أحمد عرفة بهذه الكلمة فأحببنا اثباتها في هذا المكان حرصا على محاسنها ونشرا لعلو مكانتها وهي ﴾

الى الحكيم الراقد في جدثه الهانئ بمضجعه تحفه مسحة من النور الالهي وعليه حارس من المهابة وسيا من الاجلال * أهدي غاديات من الدعوات واستمطر له وابلا من صيب الرحمات لله أنت أيتها الرو الخالدة العائدة الى محلها الأرفع فقد هبطت علينا من عالمك العالي وطلعت علينا طلوع القمر على خا لبل ضل السبيل وخانه الدليل طلعت والهدى فكنت كالغيث أصاب أرضا قابلة فأنبتت الكا والعشب وأصاب منها الكثير * أقمت فينا ما شاء الله أن تقومي وخلفت لك آثارا جعلت لك مقعد صد في كل نفس ثم عدت سيرتك الأولى * بسم الله مجراك ومرساك وطلوعك ومأواك وتأويبك ومسراك أيّ جوّ حواك وأيّ آمال وسعتك وأيّ جسم تحمل ما ترومين

واذا كانت النفوس كبارا * تعبت في مرادها الأجسام

بينا نراك بين يدي فيثاغورس وأرسطو قد حنت عليك الحكمة وأرضعتك أفاويقها وأعلتك دره وأنهلتك خيرها فلا يظن أنك تعلمين غيرها اذا أنت وقد وضعتك الشريعة بين الحشا والفؤاد وسهلت لك حزونها ووردت منهلا عذبا زاخرا عبابه وسائغا شرابه وهذا كتابك قد خالط أجزاء النفس وهشر اليه الحس فهو الحق الا أنه حكم قد ضمن السر الا أنه كلم

أنزه في رياض العلم نفسي * وأغدو في مسارحها وأمسي
أمتع ناظري فيما حوته * وأقطف زهره من كل غرس
وأحسن من كؤوس الراح عندي * ومن خد الظباء خدود طرس
وقد ردت الرياض فشمت روضا * به قد غبت عن نفسي وحسي
كأنّ خلال أسطره بحارا * تدفق بالمعارف بعد رمسي
كتاب حاكه فكر (ابن رشد) * وأخرج آية في كل درس
ومزق من ظلام الشك ثوبا * كما طرد الدجنة ضوء شمس

محمد أحمد عرفة